

Comentari jurisprudencial

MERCADO INTERIOR Y DIRECTIVA DE SERVICIOS

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini*

Sumario

- I. Introducción
- II. La caracterización del mercado interior y los mecanismos previstos en el derecho de la Unión para promoverlo
 1. Mecanismos de garantía del mercado interior
 - 1.1 Los mecanismos de garantía de la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en el TFUE
 - a) Los mecanismos de integración negativa
 - b) Los mecanismos de integración positiva
 - 1.2 Los mecanismos de garantía de que la competencia no será distorsionada en el mercado interior en el TFUE
 - a) Los mecanismos de integración negativa
 - b) Los mecanismos de integración positiva

* Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, profesor titular de derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, C/ Kelsen, 1, 28049, Madrid, tomas.quadra@uam.es. Artículo recibido el 30.09.2010. Evaluación ciega: 12.11.2010. Fecha de aceptación de la versión final: 14.02.2011.

- III. Dos interpretaciones contradictorias del propósito y alcance de las libertades básicas del mercado interior
 - 1. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre libre prestación de servicios
 - 2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre libertad de establecimiento
- IV. Los efectos desreguladores de la Directiva de servicios

I. Introducción

Un importante sector doctrinal viene afirmando que la Directiva 2006/123, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, no constituye una novedad en lo que respecta a su contenido, pues se limitaría a recoger y codificar la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia en materia de libertades de establecimiento y de prestación de servicios.¹

Tal afirmación no puede, en absoluto, ser compartida, pues la Directiva ha supuesto un cambio radical en la configuración del mercado interior de los servicios. Cambio que no hubiese sido posible realizar, ni mucho menos, a través de una mera aplicación de la jurisprudencia del Tribunal en materia de libertades europeas.

En efecto, la Directiva de servicios pretende la creación de un auténtico mercado interior de servicios en 2010, objetivo que excede con mucho el pretendido con el reconocimiento en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) de las libertades fundamentales del mercado interior tal y como han sido interpretadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Para comprender qué es lo que ha cambiado con la Directiva de servicios es necesario analizar cuál era la situación existente antes de la aprobación de la misma.

Situación que se encontraba caracterizada, por un lado, por el reconocimiento en el derecho originario de la Unión Europea, en los Tratados, de las denominadas libertades básicas del mercado interior, entre las que encontramos la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y, por otro, por una

1. Hatzopoulos, V., «Que reste-t-il de la Directive sur les services?», *Cahiers de droit européen*, vol. 43, núm. 3-4, 2007, p. 345 y ss.; Fernández Rodríguez, T. R., «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007. Villarejo Galende, H., «La Directiva de servicios en el mercado interior: una perspectiva general», en Rive-ro Ortega (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de servicios en España*, Civitas, 2009, pp. 32 y 42; Salvador Armendáriz, M. A. y Villarejo Galende, H., «La Directiva de servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 44, 2007, p. 48, o Laguna de Paz, J. C., «Directiva de Servicios: el estruendo del parto de los montes», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, núm. 6, junio de 2009.

tímida acción armonizadora del legislador europeo en materia de servicios a través de la aprobación de normas de derecho derivado.²

Las libertades básicas del mercado interior recogidas en el TFUE promueven, como nos disponemos a desarrollar en estas páginas, uno de los rasgos del mercado interior –la libre circulación de personas y bienes por el territorio de la Unión– a través del establecimiento de prohibiciones de hacer dirigidas a los poderes públicos. Sin embargo, el reconocimiento en el TFUE de tales libertades no es suficiente para establecer un auténtico mercado unificado, pues para ello es ineludible la acción armonizadora del legislador de la Unión. Acción armonizadora de la Unión que en lo que se refiere a los servicios se ha producido, sin embargo, muy puntualmente.³

La Directiva de servicios supone, precisamente, el intento de configuración de un verdadero mercado interior de los servicios mediante el sometimiento de todas aquellas medidas de los estados miembros que condicionen la actividad de prestación de servicios, con o sin establecimiento permanente, al denominado principio de proporcionalidad. A la necesidad de respetar tal principio son reconducibles las exigencias establecidas en diversos preceptos de la Directiva para aquellos requisitos que los estados miembros establezcan para el acceso o el ejercicio de servicios:

2. Tímida si la comparamos con la que ha ejercido en materia, por ejemplo, de libre circulación de mercancías.

3. Precisamente el alcance general y la gran penetración de la nueva norma europea en los ordenamientos nacionales se deben a su carácter de directiva horizontal o general, en cuanto que afecta a múltiples sectores implicados en el mercado, contrastando así con las habituales directivas sectoriales o verticales que son las utilizadas habitualmente por las instituciones europeas para promover el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Muñoz Machado, S., «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», en XXV edición del *Libro Marrón. Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicio*, Círculo de Empresarios, 2009, y Muñoz Machado, S., «Las regulaciones por silencio», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, Iustel, 2010. «La Directiva establece un marco jurídico general que, con alguna excepción, será aplicable con carácter horizontal a todas las actividades económicas de servicios», en Villarejo Galende, H., «La Directiva de servicios en el mercado interior una perspectiva general», en Rivero Ortega (dir.), *Mercado Europeo y Reformas Administrativas. La transposición de la Directiva de servicios en España*, Civitas, 2009. Sobre las normas y procedimientos nacionales potencialmente afectados por la Directiva de servicios ver Marcos Fernández, F., «Una oportunidad para reforzar la libertad de empresa y la libre competencia: la transposición de la Directiva de Servicios en la regulación autonómica», en XXV edición del *Libro Marrón. Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios*, Círculo de Empresarios, 2009. Sobre la transposición de la Directiva en nuestro país, ver *La Ordenación de las Actividades de Servicios: Comentarios a la Ley 17/2009 y la Ley 25/2009*, de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T., Aranzadi, 2010.

a) no discriminación: que los requisitos no sean discriminatorios, ni directa ni indirectamente, en función de la nacionalidad o, por lo que se refiere a las sociedades, del domicilio social;

b) necesidad: que los requisitos estén justificados por una razón imperiosa de interés general;

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

La consecuencia fundamental de la aprobación de la norma europea sería el sometimiento de las disposiciones nacionales que regulan la prestación de servicios, independientemente de si obstaculizan o no el comercio entre estados, a un nuevo parámetro para determinar su conformidad con el ordenamiento: el principio de proporcionalidad. Principio al que, como analizaremos, no quedarían sometidas las regulaciones nacionales no obstaculizadoras del comercio intracomunitario antes de la entrada en vigor de la Directiva como consecuencia de la laxitud del escrutinio al que son sometidas tales regulaciones tomando como parámetro los derechos fundamentales económicos nacionales. El nuevo parámetro establecido en la Directiva para juzgar las normas estatales que reglamentan los servicios, el juicio de proporcionalidad, es, en la práctica, más incisivo que el parámetro nacional utilizado hasta ahora para juzgar muchas de esas normas, el juicio de razonabilidad. La Directiva supone una potencial desregulación del mercado.⁴

Analizaremos en primer lugar los rasgos del mercado interior y los mecanismos previstos en el derecho originario europeo para promoverlo, para

4. De la Quadra-Salcedo Janini, T., «¿Quo vadis Bolkestein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, Civitas, 2007, pp. 270 y ss. Parejo Alfonso, L., «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: La interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, Iustel, 2009. De la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, T., «La Directiva de servicios y la libertad de empresa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, Iustel, 2009. Cidoncha Martín, A., «El impacto de la Directiva Bolkestein sobre la libertad de empresa», en *Impacto de la transposición de la Directiva de servicios en Castilla y León*, CES, 2010, p. 259 y ss. En contra de considerar que la Directiva tenga tales efectos, Salvador Armendáriz, M. A., «La Directiva de servicios y su transposición ¿una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa?», en Rivero Ortega (dir.), *Mercado Europeo y Reformas Administrativas. La transposición de la Directiva de servicios en España*, Civitas, 2009, pp. 89 y ss. y Jiménez Asensio, R., *La incorporación de la Directiva de servicios al derecho interno*, IVAP, 2010, p. 47.

en segundo lugar analizar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios y en un tercer momento analizar los efectos desreguladores que tiene la Directiva de servicios.

II. La caracterización del mercado interior y los mecanismos previstos en el derecho de la Unión para promoverlo

El mercado interior, que de acuerdo con el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea tras su reforma de Lisboa «establecerá» la Unión, se definiría, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por dos rasgos:⁵

- 1) Por ser un espacio donde se encuentran garantizadas la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.
- 2) Por ser un espacio donde se encuentra garantizado que la competencia en el interior del mismo no será falseada. Idea reconducible a la necesidad de garantizar una cierta igualdad en las condiciones de ejercicio de la actividad económica.

Ambos rasgos, que se encontraban enunciados en los primeros artículos del Tratado de la Comunidad Europea, vigente cuando se dicta la Directiva de servicios –más concretamente en la denominada «primera parte», que regulaba los principios en los que se fundamentaba la Unión Europea–, requerirían, para ser dotados de verdadera eficacia, ser concretados y desarrollados en el resto del articulado de los Tratados, allí donde se establecen tanto efectivas prohibiciones de actuar, dirigidas fundamentalmente a los estados miembros, como efectivas atribuciones de competencias a la Unión Europea; pues, por sí mismos, los preceptos de la primera parte no garantizaban nada. Es por lo tanto necesario analizar los mecanismos establecidos en los Tratados europeos, prohibiciones y atribuciones competenciales, para promover los dos rasgos enunciados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

5. Tal caracterización de un mercado interior también ha sido en buena medida realizada por el Tribunal Constitucional español al referirse al mercado nacional único. De acuerdo con una repetida doctrina del Tribunal Constitucional «la unidad de mercado supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica». STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6.

1. Mecanismos de garantía del mercado interior

La identificación de los rasgos que definen el concepto de mercado interior en el derecho de la Unión Europea (por un lado, la ausencia de obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales y, por otro, la ausencia de distorsiones de la competencia) debe ser completada con el análisis de aquellos mecanismos que permiten garantizar el mantenimiento o promoción de tales rasgos. Analizaremos en primer lugar los mecanismos que permiten garantizar o promover la libre circulación para en segundo lugar analizar los mecanismos que permiten garantizar o promover la libre competencia.

1.1. Los mecanismos de garantía de la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en el TFUE

El TFUE, con la finalidad de permitir el establecimiento de un mercado interior, ha previsto la supresión de los obstáculos entre los estados miembros a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales y la consiguiente garantía de su circulación a través de dos mecanismos complementarios:

a) Mediante aquellos preceptos del TFUE que prohíben a los poderes públicos, tanto estatales como de la Unión, el mantenimiento o establecimiento de obstáculos a la libre circulación: las denominadas libertades básicas del mercado interior. Preceptos que doctrinalmente se ha considerado que constituyen mecanismos de integración negativa al promover la construcción del mercado interior mediante el establecimiento de prohibiciones dirigidas a los poderes públicos.

b) Mediante aquellos preceptos del TFUE que atribuyen a la Unión Europea la competencia o capacidad para echar abajo aquellos obstáculos a la libre circulación que subsistan a la prohibición anterior a través del establecimiento de una normativa común o armonizada en todo el territorio de la Unión que desplace a las normativas estatales. Preceptos que doctrinalmente se ha considerado que constituyen mecanismos de integración positiva al promover la construcción del mercado interior mediante la intervención de la Unión Europea en su rol de legislador positivo, armonizando, coordinando o uniformizando las legislaciones nacionales.⁶

6. Sobre el concepto de integración negativa y positiva, ver Scharpf, F., *Governing in Europe. Effective and Democratic?*, Oxford University Press, 1999.

a) *Los mecanismos de integración negativa*

Los preceptos contenidos en el TFUE que prohíben el mantenimiento o establecimiento de obstáculos a la libre circulación son esencialmente las denominadas libertades fundamentales del mercado interior y tienen como propósito esencial evitar que los estados miembros mantengan o erijan barreras u obstáculos injustificados entre los estados miembros a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

Al interpretar el significado del concepto «obstaculizar la libre circulación» llegamos a la conclusión –tal y como desarrollaremos en un epígrafe posterior al analizar la jurisprudencia del TJCE en materia de libre prestación de servicios y libertad de establecimiento– de que obstaculizan la libre circulación aquellas medidas de los poderes públicos estatales que tienen como efecto restringir más onerosamente la circulación de las mercancías, las personas, los servicios o los capitales provenientes de los demás estados miembros que la circulación de las mercancías, las personas, los servicios o los capitales provenientes del propio Estado que dicta la medida.⁷

Es necesario que se dé, por tanto, lo que podemos considerar que es un elemento «proteccionista» para poder considerar que una medida estatal es contraria a aquellos preceptos del TFUE que buscan la supresión de los obstáculos a la libre circulación.

Se haría necesario, por tanto, diferenciar entre lo que serían «obstáculos al comercio en general» y lo que serían «obstáculos al comercio interestatal», pues sólo los segundos –caracterizados por la mayor restricción que provocan sobre la libre circulación de mercancías, personas, servicios o capitales provenientes

7. Así parece haberlo aceptado el TJ en cierta jurisprudencia. Así, en relación con la libre circulación de mercancías, ver la STJ *Keck y Mithouard*, de 24 de noviembre de 1993, asuntos acumulados C-267 y 268/91, y de la Quadra-Salcedo Janini, T., *Unidad económica y descentralización política. Libre circulación de mercancías y control judicial en EEUU y en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2004. En relación con la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, ver *infra* y de la Quadra-Salcedo Janini, T., «¿Quo vadis Bolkestein...», citado. En el caso de la libre circulación de trabajadores el TJ pareció separarse de aquella concepción que exige una afección de los trabajadores de fuera más onerosa que la de los trabajadores de dentro en una jurisprudencia muy discutible y que no ha tenido excesiva continuidad, ver la STJ *Bosman*, de 15 de diciembre de 1995, asunto 415/93, apartados 103 y 104, donde el Tribunal de Justicia habría sostenido que una medida que impide el acceso al mercado de los trabajadores en general constituye un obstáculo a la libre circulación de trabajadores independientemente de si la medida limita de la misma manera a los trabajadores del Estado que regula.

de los demás estados miembros que sobre la libre circulación de mercancías, personas, servicios o capitales proveniente del propio Estado— estarían, en principio, prohibidos por los preceptos que establecen las libertades europeas.⁸

No obstante, es posible que una medida estatal que tenga como efecto restringir más onerosamente la circulación de las mercancías, las personas, los servicios y los capitales provenientes de los demás estados miembros que la de los provenientes del propio Estado regulador pueda no ser, pese a ello, finalmente considerada prohibida por el TFUE como consecuencia de que pueda considerarse justificada en la promoción de un objetivo legítimo (salud, protección del consumidor, protección del medio ambiente, orden público...). En estos supuestos es posible excluir que la medida estatal, en principio obstaculizadora del comercio interestatal, haya tenido una motivación proteccionista aunque sus efectos sean efectivamente más restrictivos sobre la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales provenientes de fuera que sobre la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales provenientes de dentro del Estado que regula.

Así, si la medida promueve verdaderamente un objetivo legítimo de manera proporcionada, a pesar de que el efecto de la misma sea el de obstaculizar la libre circulación —como consecuencia de producirse una restricción más onerosa de la circulación de las mercancías, las personas, los servicios y los capitales provenientes de los demás estados miembros que la de los provenientes del propio Estado regulador—, tal efecto no conduciría a su prohibición.⁹

8. Toda regulación pública es susceptible de restringir, en mayor o menor medida, los intercambios comerciales en el mercado como consecuencia de obligar a los operadores económicos a tener que adecuarse a ella. Así, una regulación que establezca, por ejemplo, el lugar o el momento en el que se puede comercializar un producto o prestar un servicio se puede considerar que impone un obstáculo al comercio en general, obstáculo que no se produciría de no existir tal regulación y ser los intercambios o la prestación de los servicios completamente libres. Sin embargo, además de esta restricción general de los intercambios comerciales que genera toda reglamentación pública, determinadas regulaciones públicas territoriales pueden tener como efecto específico restringir más onerosamente la comercialización de aquellos productos o la prestación de aquellos servicios provenientes de fuera que la comercialización de los productos o prestación de servicios provenientes de dentro de ese territorio. Este concreto efecto restrictivo es el que se pretende prohibir al garantizarse la libre circulación de mercancías o la libre prestación de servicios entre los estados miembros, pues lo que se querría evitar por aquellos preceptos que establecen las libertades europeas son los obstáculos al comercio interestatal y no los obstáculos al comercio en general.

9. Un ejemplo de medidas estatales obstaculizadoras del comercio intracomunitario que sin embargo se podrían considerar justificadas como consecuencia de promover un objetivo legítimo serían, en materia de libre circulación de mercancías, las medidas de cuarentena.

b) *Los mecanismos de integración positiva*

Precisamente con la finalidad de suprimir aquellos obstáculos que subsisten legítimamente a las prohibiciones establecidas en el TFUE, éste ha previsto la atribución de una serie de competencias al legislador de la Unión Europea para promover el establecimiento del mercado interior mediante la armonización de aquellas medidas de los estados miembros que obstaculicen la libre circulación, pero hayan superado la prohibición establecida en las libertades básicas del mercado interior recogidas en el TFUE como consecuencia de que promueven proporcionadamente un objetivo considerado legítimo.

Paradigma de competencia atribuida para promover el establecimiento del mercado interior mediante la actuación positiva del legislador europeo sería el artículo 114 del TFUE (antiguo art. 95 TCE), que atribuye a la Unión la capacidad de adoptar medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha interpretado que la Unión Europea es competente para adoptar una medida de armonización de las disposiciones nacionales con arreglo al artículo 114 del TFUE si tal medida tiene efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior, lo cual, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sólo se produce:

- a) si la medida contribuye de hecho a eliminar obstáculos al comercio entre los estados miembros;
- b) o si la medida suprime distorsiones sensibles de la competencia.¹⁰

10. STJ de 5 de octubre de 2000, asunto sobre publicidad de tabaco, C-376/98, Rec. 2000, p. I-8419, apartados 84 y 95, y STJ de 10 de diciembre de 2002, asunto sobre fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco, C-491/01, Rec. 2002, apartado 43. En este epígrafe nos interesa únicamente analizar las medidas comunitarias que contribuyen de hecho a eliminar obstáculos al comercio entre los estados miembros (a) puesto que estamos tratando de la supresión de aquellos obstáculos al comercio entre estados miembros que hayan superado las prohibiciones establecidas en el TFUE cuando reconoce las cuatro libertades [sin perjuicio de analizar en un epígrafe posterior aquellas medidas comunitarias que suprimen las distorsiones sensibles de la competencia (b)].

Tal interpretación del alcance de la competencia atribuida en el artículo 114 TFUE es perfectamente trasladable a aquellos otros preceptos que atribuyen a la Unión competencias armonizadoras más específicas en materia, por ejemplo, de servicios o de establecimiento.

El establecimiento de un mercado interior no se impone, en lo que se refiere a la supresión de los obstáculos justificados, directamente por el TFUE sino que se deja su establecimiento, en buena medida, en manos de las instituciones políticas europeas. Instituciones políticas que, ciertamente, pueden decidir no realizar una regulación uniforme y armonizada, dejando, por tanto, la protección de tales objetivos legítimos en manos de los estados miembros y rehusando al establecimiento de un mercado interior «puro» en tales ámbitos y aceptando, así, un mercado fragmentado.

La consecuencia evidente de lo anterior es que el TFUE no impone la consecución de un mercado único en el territorio de la Unión, pues deja en manos de instituciones de carácter político la decisión acerca de si las normas que rigen el funcionamiento de ese mercado deben ser uniformes o por el contrario pueden permanecer distintas a pesar de suponer un obstáculo a la libre circulación, pues en ausencia de armonización están justificadas.

1.2. Los mecanismos de garantía de que la competencia no será distorsionada en el mercado interior en el TFUE

El mercado interior europeo, además de caracterizarse por la supresión, entre los estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales –bien mediante su prohibición, bien mediante su supresión a través de la acción normativa armonizadora de la Unión–, se caracterizaría en segundo lugar por ser un espacio con un régimen jurídico que garantiza que la competencia no se encuentra falseada. Falseamiento que se puede producir también como consecuencia de la existencia de una diversidad de normas aplicables a las actividades económicas que se desarrollan en el mercado interior.

Afirma Albertí que para constituir un espacio económico unitario no basta con que se establezcan la libertad de circulación de los factores de producción y no se discrimine a las personas o a los productos por razón de su procedencia

territorial; es preciso también que las reglas básicas que disciplinan las actividades económicas sean uniformes en todo el territorio pues sólo así puede existir efectivamente el mercado único. Para conseguirlo se conceden al centro político los poderes necesarios para dictar las principales normas que regulan las actividades económicas.¹¹

El TFUE, con la finalidad de promover un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior prevé la supresión de las distorsiones de la competencia a través de dos mecanismos:

a) Mediante aquellos preceptos del TFUE que prohíben tanto las distorsiones de la competencia generadas por los operadores económicos privados que actúan en el mercado como las distorsiones de la competencia generadas por determinados actos de los poderes públicos estatales. Preceptos que constituyen mecanismos de integración negativa.

b) Mediante aquellos preceptos del TFUE que atribuyen a la Unión la competencia o capacidad de echar abajo las distorsiones de la competencia que, sin encontrarse prohibidas por los preceptos anteriores, sin embargo, se generan por la potencial diversidad normativa que se deriva de la existencia de una pluralidad de estados con capacidad regulatoria. Preceptos que constituyen mecanismos de integración positiva.

b) Los mecanismos de integración negativa

El TFUE prohíbe tanto las prácticas restrictivas de la competencia realizadas por las empresas como las restricciones de la competencia generadas por las subvenciones de los poderes públicos estatales a las empresas que operan en el mercado europeo. Se trata, por una parte, del establecimiento de prohibiciones dirigidas a los operadores económicos que actúan en el mercado y, por otra, del establecimiento de una prohibición, dirigida a los poderes públicos estatales, de otorgar ayudas a las empresas.

El TFUE prohíbe, en primer lugar, los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los estados miembros y que tengan por objeto o efecto impe-

11. Albertí Rovira, E., *Autonomía política y unidad económica*, Madrid, Civitas, 1995, p. 22.

dir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (art. 101 TFUE). El TFUE prohíbe, igualmente, los abusos de posición dominante de las empresas en el mercado común (art. 102 TFUE). El TFUE establece, asimismo, un principio de igualdad de trato entre empresas públicas y privadas (art. 106 TFUE). El TFUE declara, finalmente, incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre estados miembros, las ayudas otorgadas por los estados que falseen o amenacen con falsear la competencia (art. 107 TFUE).

Con todos estos preceptos se trata de evitar que, por las conductas de las empresas o por la acción de los estados mediante ayudas públicas o la atribución de determinadas ventajas injustificadas a las empresas públicas, se establezcan nuevas barreras que dificulten la libre circulación de factores de producción, así como que se generen distorsiones de la competencia entre las empresas que actúan en el mercado europeo.

Sin embargo, tales preceptos no garantizan la ausencia de toda distorsión de la competencia, pues en el caso de los poderes públicos únicamente les prohíben las distorsiones generadas por las ayudas públicas o por la actuación de las empresas públicas en el mercado pero no todas aquellas distorsiones que se pueden generar como consecuencia del ejercicio por el Estado de sus competencias regulatorias.

b) Los mecanismos de integración positiva

El TFUE atribuye a la Unión Europea la competencia para suprimir las distorsiones de la competencia que se deriven de la existencia de una pluralidad regulatoria, consecuencia del ejercicio por los estados miembros de sus propias competencias materiales.

La mera existencia, actual o potencial según la jurisprudencia europea, de divergencias entre las regulaciones nacionales puede en supuestos concretos dificultar, como analizábamos en un epígrafe anterior, la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, lo que ha desembocado en la prohibición de aquellas medidas que no puedan justificarse en una promoción proporcionada de un objetivo legítimo.

Pero la mera existencia de divergencias entre las regulaciones nacionales puede también provocar distorsiones de la competencia sin obstaculizar la libre circulación, dificultando de este modo el funcionamiento del mercado interior. En este último supuesto, sin embargo, el TFUE no ha prohibido las medidas estatales que distorsionan la competencia y, por tanto, no es necesario que tales medidas se justifiquen en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo, pues tales medidas son plenamente lícitas. El TFUE simplemente ha atribuido a la Unión la competencia para suprimir tales distorsiones.¹²

Se produce una distorsión de la competencia cuando las distintas regulaciones nacionales difieren en los requisitos que imponen para el ejercicio de las actividades que contemplan, lo que puede repercutir directa o indirectamente en las condiciones de competencia de las empresas afectadas. Ello supone que una medida de un poder público nacional puede provocar una distorsión de la competencia sin necesariamente producir al mismo tiempo una obstaculización de la libre circulación del comercio entre estados miembros, pues se trata de medidas que regulan, por ejemplo, los requisitos o condiciones de fabricación sin afectar, sin embargo, a los requisitos o características que han de tener los productos mismos que se trasladan en el propio mercado común.¹³

12. Señala el abogado general Geelhoed que esta situación se presenta cuando la disparidad entre los requisitos con arreglo a los cuales los operadores pueden participar en el mercado común en los distintos estados miembros es demasiado grande, como consecuencia de la discrepancia entre los requisitos nacionales a que está sometida por ejemplo la fabricación de determinados bienes. Precisamente en estos casos, una medida de armonización basada en el artículo 114 TFUE puede suprimir esta disparidad.

13. Para el abogado general Geelhoed «se trata de medidas que –si las adoptase el legislador nacional– no constituirían una restricción cuantitativa a la importación o a la exportación. Se trata en efecto de medidas que regulan requisitos de fabricación, distintos de las normas aplicables a los productos en el propio mercado común». Conclusiones del abogado general Geelhoed en el asunto sobre fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco presentadas el 10 de septiembre de 2002, C-491/01, apartado 149. Así, por ejemplo, la disparidad de niveles de contaminación permitidos a las industrias en los diferentes estados miembros puede crear una distorsión a la competencia sin, al mismo tiempo, suponer una obstaculización al comercio intracomunitario prohibida por el TFUE, STJ de 11 de junio de 1991, asunto *dióxido de titanio*, C-300/89, Rec. 1991, p. I-2867. En estos casos se restringen de manera análoga las posibilidades de competir dentro de un estado miembro de todos los operadores económicos situados en ese estado y lo que ocurre es que las diferencias existentes entre las regulaciones de los distintos estados miembros pueden distorsionar la competencia que se produce entre las empresas que operan en un estado respecto de las que operan en otro.

El hecho de no encontrarse prohibidas supone que las regulaciones nacionales que distorsionan la competencia, al contrario de lo que ocurre con las regulaciones nacionales que obstaculizan la libre circulación, no deben justificarse en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo para poder ser consideradas conformes al derecho de la Unión Europea.

Así, si bien es cierto que las regulaciones nacionales que distorsionan la competencia no están prohibidas por el TFUE –como sí lo estaban las regulaciones que obstaculizan injustificadamente el comercio intracomunitario–, sin embargo, por el hecho de ser regulaciones que ponen en riesgo el funcionamiento del mercado interior pueden ser armonizadas por la Unión.

La armonización jurídica que, por tanto, permiten los artículos 113, 114, 53 o 62 del TFUE (antiguos artículos 94, 95, 47 y 55 del TCE) pretende eliminar las desigualdades de trato de los ciudadanos que derivan de la falta de uniformidad como consecuencia de la existencia de ordenamientos estatales divergentes en cuanto al tratamiento normativo de idénticos supuestos de hecho. No pueden darse igualdad de condiciones competitivas en el interior de un mercado si no hay una igualdad sustancial en el contenido del derecho «ordenador» del mismo. Únicamente existirá un mercado único si se asegura a los operadores económicos una posición jurídica sustancialmente uniforme en todo el espacio económico sobre el que se proyecta el Mercado Común, mediante la eliminación de aquellas disparidades jurídicas que, originadas por la vigencia territorial de los ordenamientos jurídicos estatales, falseen las condiciones de competencia en el interior del mismo.¹⁴

14. Marx, F., *Funktion und Grenzen der Rechtsangleichung nach Art. 100 EWG-Vertrag*, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1976, pp. 139 y ss., en Gondra Romero, J. M., «Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea (Una aproximación al proceso de integración del Derecho en el ámbito de la Comunidad Europea desde una perspectiva sistemático funcional)», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, dir. por García de Enterría, E., González Campos, J. D., y Muñoz Machado, S., Madrid, Civitas, 1986, pp. 294 y ss. No obstante, el Tribunal de Justicia ha puesto límites a la capacidad regulatoria de la Unión Europea para adoptar aquellas medidas armonizadoras que tengan por objeto la supresión de las distorsiones de la competencias, pues ha considerado que una distorsión de la competencia sólo legitimará la adopción de una medida armonizadora fundamentada en el artículo 114 del TFUE si se trata de una distorsión de la competencia «sensible», STJ de 5 de octubre de 2000, apartado 107. Ver de la Quadra-Salcedo Janini, T., *El sistema europeo de distribución de competencias*, Civitas, 2006.

Sea como fuere, en ausencia de una efectiva regulación común y uniforme dictada por la Unión Europea con la finalidad de suprimir una distorsión de la competencia, los Tratados permiten que puedan subsistir medidas estatales que como consecuencia de la existencia de una pluralidad regulatoria tengan como efecto distorsionar la competencia. Lo que supone que el establecimiento de un mercado interior caracterizado por la supresión de tales distorsiones no se impone directamente por el TFUE sino que su establecimiento se deja en manos de las instituciones políticas comunitarias. Instituciones políticas que pueden decidir no realizar una regulación uniforme, permitiendo, por tanto, que sean los estados miembros los que establezcan las normas que deben regir el ejercicio de la actividad económica, y rehusando, así, la Unión a establecer un ámbito territorial en el que rijan las mismas normas. Rehusando, en definitiva, a promover un mercado en el que los operadores económicos tengan una posición jurídica uniforme y por tanto rehusando al establecimiento de un mercado único «puro».

Analizado en sus rasgos fundamentales el modelo establecido en los Tratados europeos, se puede alcanzar una conclusión fundamental: los Tratados europeos no imponen directamente la construcción de un mercado interior con las características señaladas, pues la efectiva realización del mismo depende, en buena medida, de la voluntad política del Consejo al que, con la participación que corresponda del Parlamento Europeo, se le atribuyen competencias para promover el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior pero sin imponerle que las ejerza efectivamente.

La Directiva de servicios precisamente trataría de promover el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior a través de, por un lado, la prohibición a los estados miembros de establecer determinados requisitos para poder acceder o ejercer una determinada actividad de servicio y, por otro, del sometimiento de aquellas condiciones que establezcan los estados miembros para la prestación de servicios, bien a través de un establecimiento bien sin establecimiento, al respeto del principio de proporcionalidad. Lo que supone que la Directiva, por un lado, suprime alguno de los obstáculos a la libre circulación susceptibles de superar la prohibición establecida en el TFUE, por encontrarse justificados en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo, y, por otro, pretende el sometimiento de todas aquellas regulaciones estatales que condicionan la prestación de servicios sin obstaculizarla, y por tanto susceptibles de representar una distorsión de la competencia sin suponer simultáneamente un obstáculo a la libre circulación, al principio de proporcionalidad.

Antes de analizar estas consecuencias de la Directiva de servicios se hace necesario, sin embargo, analizar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de libre prestación de servicios y libertad de establecimiento.

III. Dos interpretaciones contradictorias del propósito y alcance de las libertades básicas del mercado interior

Al analizar los mecanismos de garantía del mercado interior en el anterior epígrafe hemos asumido que las denominadas libertades básicas del mercado interior tienen como propósito fundamental proscribir el proteccionismo económico y no garantizar la libertad de ejercicio de la actividad económica.

Encontramos en la doctrina, y en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia,¹⁵ dos interpretaciones contradictorias del propósito de aquellos preceptos del TFUE que garantizan las denominadas libertades básicas del mercado interior, entre las que se encontrarían la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

Por un lado, la que entiende que las libertades básicas del mercado interior deben ser interpretadas como una garantía general del libre mercado frente a las regulaciones de los poderes públicos que restringen injustificadamente el libre acceso o el libre ejercicio de la actividad económica.

Por otro lado, la que entiende que lo que se trata de garantizar esencialmente con las libertades básicas del mercado interior es que los estados miembros no coloquen injustificadamente en una situación de ventaja a los operadores económicos nacionales frente a sus competidores foráneos.

De aceptarse la primera interpretación, la función de los preceptos que garantizan las libertades básicas del mercado interior sería similar a la función que

15. Ya señalaba Tizziano en sus Conclusiones de 25 de marzo de 2004, en el asunto *CaixaBank*, C-442/02, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la libertad de establecimiento y, en general, a la libertad de circulación de las personas económicamente activas en el mercado interior no es del todo unívoca y se presta a servir de base a interpretaciones distintas, por no decir contrarias.

en los ordenamientos nacionales desempeñan los derechos fundamentales económicos, entre los que destacaría la libertad de empresa.

Esta primera interpretación supondría considerar que, en principio, queda prohibida cualquier medida nacional que –aunque no tenga efectos diferenciados, de hecho o de derecho, sobre los extranjeros respecto de los nacionales en el acceso a una actividad económica o en su ejercicio– pueda hacer menos atractivo el ejercicio por parte de los ciudadanos de la Unión de una actividad económica.

Tal como recordaba el abogado general Tizziano, tal efecto disuasorio se produce, siempre que una determinada medida nacional recorta los márgenes de rentabilidad de una actividad económica, haciendo también menos atractivo, de este modo, el ejercicio de la misma.

Ciertamente, así interpretado, prácticamente cualquier medida de los poderes públicos constituiría un obstáculo a la libertad de establecimiento o a la libre prestación de servicios debido sencillamente a sus potenciales consecuencias negativas sobre la *conveniencia económica de ejercer* determinadas actividades profesionales, obstáculo que devendría prohibido si no se justifica suficientemente en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo. Esta interpretación permitiría, tal y como denunciaba Tizziano, a los operadores económicos –tanto nacionales como extranjeros– utilizar abusivamente las libertades del mercado interior para oponerse a cualquier medida nacional que, por el mero hecho de regular las modalidades de ejercicio de una actividad económica, pueda reducir, en última instancia, los márgenes de beneficio y, por ello, la conveniencia de ejercer dicha actividad económica.¹⁶

La segunda interpretación, que es la que creemos correcta,¹⁷ considera, por el contrario, que el propósito esencial de los preceptos que reconocen las libertades

16. Conclusiones del abogado general Tizziano de 25 de marzo de 2004, en el asunto *CaixaBank France*, C-442/02.

17. Consideramos que la función de los preceptos que garantizan las libertades básicas debe ser equivalente a la función que cumple, por ejemplo, la Cláusula de Comercio durmiente en los Estados Unidos, esto es, la función de garantizar la libre circulación de mercancías, la función de garantizar que no se produzcan «obstáculos sobre el comercio intracomunitario» injustificados. Obstatización que sólo producirían aquellas regulaciones, fundamentalmente estatales, que tienen un efecto restrictivo más oneroso sobre las importaciones que sobre la comercialización de la producción nacional. De la Quadra-Salcedo Janini, T., *Unidad Económica y descentralización...*, citado.

des básicas del mercado interior no es garantizar el libre mercado y los intercambios comerciales frente a las regulaciones de los poderes públicos que los restrinjan injustificadamente, sino que su objetivo es «más modesto», a saber, es garantizar que los estados miembros no beneficien o aventajen injustificadamente a sus operadores económicos frente a la competencia de los de fuera. Por ello el criterio determinante para considerar que una regulación obstaculiza tales libertades será si la misma tiene un efecto restrictivo más oneroso, de hecho o de derecho, sobre el ejercicio de una actividad económica por parte de los operadores económicos foráneos que por parte de los operadores económicos nacionales.

Estos efectos restrictivos más onerosos sobre los operadores económicos provenientes de fuera del Estado miembro en el que se realiza la regulación que sobre los operadores económicos provenientes de dentro pueden tener su origen bien en que la propia regulación territorial establece regímenes jurídicos diferenciados en función del origen del operador, siendo más oneroso el régimen aplicable a los operadores provenientes de fuera que el aplicable a los provenientes de dentro —es lo que se suele denominar medidas discriminatorias—; o bien en que la propia regulación territorial, a pesar de ser indistintamente aplicable, al no establecer regímenes diferenciados en función del origen, tiene no obstante *de facto* tal efecto diferenciado. En este caso, los efectos diferenciados pueden derivarse, a su vez, de dos causas: bien de que como consecuencia de la propia estructura del mercado el acceso o el ejercicio de una actividad económica por operadores foráneos se vea más restringida que el acceso o el ejercicio de una actividad económica por los operadores nacionales,¹⁸ bien de que la propia necesidad de adaptarse a una multiplicidad regulatoria cree costes más onerosos al acceso o al ejercicio de una actividad económica por los operadores económicos foráneos que al acceso o al ejercicio de una actividad económica por los operadores nacionales.¹⁹

18. Ello es lo que ocurriría, por ejemplo, en el asunto resuelto por la STJ de 11 de marzo de 2010, asunto *Attanasio*, C-384/08, donde se planteaba la conformidad con la libertad de establecimiento garantizada en el TFUE de una normativa regional italiana que establecía distancias mínimas obligatorias entre las estaciones de servicio de distribución de carburantes. La medida es indistinta pero es una normativa que, al aplicarse a estaciones de servicio nuevas y no a las existentes antes de su entrada en vigor, impone requisitos al acceso a la actividad de distribución de carburantes y favorece de ese modo a los operadores que ya están presentes en el territorio italiano, normalmente italianos, y disuade, incluso impide, la entrada en el mercado italiano de operadores procedentes de otros estados miembros.

19. Ello es lo que ocurría en todos aquellos asuntos en los que para poder establecerse o prestar un servicio se exigía obtener una autorización si se cumplían determinados requisitos.

Es la interpretación referida la única coherente con los propios términos del TFUE, la norma fundamental del ordenamiento de la Unión Europea, que al prohibir las *medidas de efecto equivalente a una restricción cuantitativa* (art. 34 y 35 del TFUE) no está sino prohibiendo aquellas medidas con los mismos efectos que las cuotas, paradigma de medidas con efectos proteccionistas; que al garantizar la libertad de establecimiento (art. 49 TFUE) la define como el derecho de acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio «*en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales*» y que al garantizar la libre prestación de servicios (art. 56 del TFUE) la caracteriza como «*la prohibición de restricciones para los nacionales de los estados miembros establecidos en uno diferente al del destinatario de la prestación*».

Se llega, por tanto, a tal interpretación de las libertades básicas del mercado interior analizando la literalidad de los preceptos que las recogen, así como la finalidad por la cual fueron incorporadas al ordenamiento jurídico, pero además analizándolas en el conjunto del sistema normativo de la Unión Europea y no sólo de una manera aislada.

En efecto, más allá de la literalidad de la norma y de cuál fuese la voluntad originaria de los «padres fundadores» de la Unión, es, asimismo, esta segunda interpretación la única coherente con la voluntad más reciente del «constituyente» europeo que en la última reforma realizada, la de Lisboa, ha introducido después de más de 50 años de proceso de integración una Carta de derechos fundamentales en la que se recogen derechos económicos que se imponen, sin embargo, de manera limitada a los estados miembros. En efecto, entre los derechos recogidos en la Carta se encuentra el derecho a la libertad de empresa, que si bien tendría como función fundamental promover el libre ejercicio de la actividad económica, el «constituyente» europeo no ha querido que se promueva frente a los estados miembros más que cuando aplican el derecho de la Unión. Ello ya ocurría antes de tener un catálogo explícito de derechos como es la Carta. En el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, y a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el ordenamiento de los Estados Unidos de América, la garantía de aquellos derechos individuales económicos que promueven la libertad de los intercambios comerciales sólo se encontraría recogida de manera parcial en la norma fundamental «federal».

Los derechos económicos recogidos en el derecho de la Unión Europea, bien como principios generales del derecho (art. 6.3 TUE), bien como derechos

explícitos en la, ya vigente, Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (art. 6.1 TUE),²⁰ no constituirían un límite general a lo que pueden hacer los poderes públicos de los estados miembros. En efecto, para que éstos puedan ser sometidos al control del juez europeo tomando como parámetro los derechos fundamentales contenidos en el derecho de la Unión Europea, su actividad debe estar conectada con el derecho europeo.

Así, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los estados miembros tienen la obligación de respetar los derechos fundamentales contenidos en el derecho de la Unión Europea sólo en sus actuaciones ligadas al ordenamiento europeo.²¹

Sin embargo, al tiempo que se reconoce la necesidad de que los estados miembros en sus actuaciones ligadas al ordenamiento europeo queden vinculados por los derechos fundamentales comunitarios, el Tribunal de Justicia ha reconocido su incapacidad para someter las medidas de los estados miembros al control de conformidad con el derecho originario cuando no existe una conexión entre la actividad estatal y el ordenamiento de la Unión Europea.

La nueva Carta no hace sino ratificar la jurisprudencia del Tribunal en este punto al establecer en su artículo 51.1 que sus disposiciones «están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión así como a los estados miembros *únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión*». Ello supone la existencia de ámbitos regulatorios estatales exentos al control del juez europeo

20. El artículo 15 de la Carta establece, por ejemplo, que «todo ciudadano de la Unión tiene libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro» y el artículo 16 que «se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales». En el caso del artículo 15.2 se viene a recoger el contenido de las libertades básicas del mercado interior desarrolladas en el TFUE por lo que nos recuerda Martín y Pérez de Nanclares, «la interpretación de este apartado segundo vendrá totalmente condicionada por la regulación que el propio Tratado realice de las libertades fundamentales. Ello es así porque, en aplicación de lo previsto en el art. 52.2, cuando los derechos reconocidos en la Carta se mencionan en otras partes del derecho originario habrán de ejercerse en las condiciones y dentro de los límites definidos por él». Martín y Pérez de Nanclares, J., «Art. 15. Libertad profesional y derecho a trabajar», en Mangas Martín, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Ed. Fundación BBVA, 2008, p. 326.

21. Recordemos que ello se produce en dos supuestos: 1) cuando los estados miembros actúan como aplicadores del derecho comunitario (STJ, asunto *Wachauf* [C-5/88], de 13-7-1989), y 2) cuando los estados miembros pretenden la derogación de un precepto comunitario acudiendo a una de las excepciones previstas en el mismo (STJ, asunto *ERT* [C-260/89], de 18-6-1991).

tomando como parámetro los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, cosa que no ocurre, por ejemplo, en el sistema norteamericano en el que los derechos fundamentales económicos recogidos en la Constitución federal se imponen a *toda* actuación de los poderes públicos estatales.²²

Es decir, cuando el «constituyente» europeo ha tenido la oportunidad de promover el libre ejercicio de la actividad económica mediante el sometimiento de las regulaciones de todos los poderes públicos, incluyendo los estatales cuando ejercen competencias propias, al control del juez europeo adoptando como parámetro los derechos económicos, no ha querido hacerlo. Y precisamente frente a la inequívoca voluntad del «constituyente» europeo que niega el sometimiento de los poderes nacionales, excepto cuando apliquen el derecho de la Unión, a la libertad de empresa, algunos pretenden interpretar las libertades básicas del mercado interior como un derecho a la libertad de empresa *bis* frente a los estados miembros. Una interpretación sistemática y teleológica de aquellos preceptos que garantizan la libre circulación y de aquellos que garantizan la libertad de empresa debe llevar a rechazar tal construcción e interpretar que es la proscripción del proteccionismo el objetivo de los primeros, mien-

22. Originariamente, en los Estados Unidos el *Bill of Rights*, en el que se encuentran recogidos los derechos fundamentales, sólo era aplicable a los actos de la Federación. Las regulaciones estatales no se sometían, así, en un primer momento al *judicial review* federal tomando como parámetro los derechos fundamentales de las enmiendas de 1791. Ello no quería decir que la actuación de los poderes públicos estatales no se sometiese a aquellos límites derivados del reconocimiento de derechos fundamentales en las constituciones de los estados federados. En efecto, la actuación de los estados podía someterse a un control de constitucionalidad por parte de las jurisdicciones estatales y tomando como parámetro las tablas de derechos contenidas en las constituciones estatales. Precisamente eso es lo que ocurriría actualmente en el caso de la Unión Europea: las regulaciones estatales no ligadas al ordenamiento europeo se verán sometidas al control realizado por los órganos jurisdiccionales nacionales tomando como parámetro los derechos fundamentales económicos reconocidos en el derecho interno, en las constituciones nacionales, pero no se verán sometidas al control realizado por el juez europeo tomando como parámetro de control los derechos fundamentales contenidos en el derecho de la Unión Europea (ya sea la Carta o los principios generales del derecho).

Quizás sea la imposibilidad de someter al escrutinio del juez europeo determinadas regulaciones estatales sin vinculación alguna con el ordenamiento europeo, tomando como parámetro los derechos fundamentales económicos del ordenamiento de la Unión Europea, lo que lleva a algunos sectores doctrinales a confundir, conscientemente o no, el propósito de la garantía de las libertades básicas del mercado interior y a suponer que lo que pretenderían tales preceptos es garantizar las libertades y derechos económicos. Sobre todo ello, en relación con la libre circulación de mercancías, ver de la Quadra-Salcedo Janini, T., «La libre circulación de mercancías en los sistemas políticos descentralizados ¿Garantía de la libertad económica o proscripción del proteccionismo?», REDE, núm. 35, 2010.

tras que es la garantía del libre ejercicio de la actividad económica el objetivo de los segundos.

Que es la proscripción de la diferencia de efectos el propósito de las libertades básicas del mercado interior parece haberse asumido por el Tribunal de Justicia en alguna de su jurisprudencia más reciente tanto en materia de libre prestación de servicios como en materia de libertad de establecimiento.

1. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre libre prestación de servicios

Los efectos diferenciados –más restrictivos sobre los operadores económicos de fuera que sobre los nacionales– como elemento determinante a la hora de considerar una medida estatal como un obstáculo a la libre prestación de servicios parece haberse afirmado de manera clara en alguna jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 56 del TFUE.

Así, por ejemplo, será precisamente la ausencia de tales efectos diferenciados sobre los operadores foráneos lo que determinará que el Tribunal de Justicia considere en la STJ de 8 de septiembre de 2005, asunto *Mobistar y Belgacom Mobile*, C-544/03 y C-545/03, que los impuestos establecidos por determinados municipios belgas sobre antenas, postes y torres de difusión de telefonía no constituyen un obstáculo a la libre prestación de servicios y por lo tanto no es necesario comprobar si tales medidas se podían justificar en la existencia de una razón imperiosa de interés general, pues la condición para realizar tal comprobación es que la medida constituya una restricción a la libre prestación de servicios.

Para el Tribunal de Justicia el artículo 56 del TFUE «no sólo exige eliminar toda discriminación por razón de la nacionalidad en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, sino suprimir también cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de otros estados miembros, *cuando pueda prohibir u obstaculizar en mayor medida las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos*».²³

23. Apartado 29.

Señala el Tribunal de Justicia que la libre prestación de servicios reconocida en el TFUE «*se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre estados miembros que la puramente interna en un Estado miembro*. En cambio, el artículo 56 del TFUE (entonces art. 49 del TCE) no se refiere a medidas *cuyo único efecto consiste en generar costes suplementarios* para la prestación en cuestión y que afectan del mismo modo a la prestación de servicios entre estados miembros y a la interna en un Estado miembro».²⁴

Precisamente en un caso similar a *Mobistar y Belgacom Mobile*, en el asunto *Coster*, fue la existencia de efectos diferenciados lo que determinó que la medida nacional sí fuese considerada un obstáculo.

En efecto, en la STJ de 29 de noviembre de 2001, asunto *Coster*, C-17/00, se planteó la conformidad con la libre prestación de servicios garantizada en el TFUE de un impuesto municipal, también en Bélgica, sobre las antenas parabólicas. En este caso, el Tribunal de Justicia señaló que la creación de un impuesto sobre las antenas parabólicas tiene como efecto imponer a la recepción de emisiones televisadas difundidas por satélite (muchas de ellas foráneas) un gravamen que no recae sobre la de emisiones transmitidas por cable (mayoritariamente nacionales), puesto que este último medio de recepción no está sujeto a un impuesto similar a cargo del destinatario.

La razón fundamental para que se produjesen tales efectos más onerosos sobre los prestadores de servicios extranjeros que sobre los nacionales era que mientras que las emisiones televisadas ofrecidas por organismos de radiodifusión establecidos en Bélgica disfrutaban legalmente de un acceso ilimitado a la distribución por cable en este Estado miembro, no sucede así con las emisiones ofrecidas por organismos de radiodifusión establecidos en algunos otros estados miembros. De esta forma, el número de cadenas extranjeras que pueden difundirse por cable en Bélgica es particularmente limitado. De ello se desprende que la mayoría de las emisiones de televisión difundidas a partir de dichos estados miembros tan sólo pueden ser captadas por antenas parabólicas. En circunstancias como éstas, el Tribunal de Justicia consideró que el impuesto muni-

24. Apartado 30. La doctrina reproducida supone, en buena medida, la aplicación, en el ámbito de la libre prestación de servicios, de la doctrina establecida en su día en la STJ de 24 de noviembre de 1993, asunto *Keck*, en el ámbito de la libre circulación de mercancías.

principal analizado puede disuadir a los consumidores de intentar acceder a las emisiones foráneas, dado que la recepción de las citadas emisiones está sujeta a un gravamen que no recae sobre la de las emisiones ofrecidas por organismos de radiodifusión establecidos en Bélgica.

En esta línea, para el abogado general Poiars Maduro constituye una restricción a las libertades de circulación toda política nacional que dé lugar a tratar las situaciones transnacionales de manera menos favorable que las situaciones puramente nacionales. Con esta salvedad, los estados miembros tienen libertad para regular la actividad económica en su territorio, dado que la aplicación de las libertades de circulación no debe desembocar necesariamente en una armonización normativa.²⁵

Recuerda Maduro que el trato menos favorable de las situaciones transnacionales puede adoptar diversas formas. Frecuentemente, se manifiesta como un freno al acceso al mercado nacional, bien sea porque protege las posiciones adquiridas en dicho mercado, bien porque dificulta la participación en el mercado de los prestadores de servicios transfronterizos.

El hecho de que el Tribunal de Justicia haya negado en alguna ocasión (véase el ya comentado asunto *Mobistar y Belgacom Mobile*) la necesidad de someter al control de proporcionalidad determinadas medidas estatales indistintamente aplicables con efectos indistintos supone considerar que la libre prestación de servicios no es un precepto garantizador del libre ejercicio de la actividad económica sino garantizador de la ausencia de proteccionismo económico.

2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre libertad de establecimiento

Algo menos claro ha sido el Tribunal de Justicia a la hora de aceptar que sean los efectos diferenciados –más restrictivos sobre los operadores económicos de fuera que sobre los nacionales– el elemento determinante a la hora de considerar una medida estatal como un obstáculo a la libertad de establecimiento, si bien ello se podría deducir de alguno de sus pronunciamientos.

25. Conclusiones del abogado general Poiars Maduro presentadas el 1 de febrero de 2006 en el asunto *Cipolla y otros*, C-94/04.

En la STJ de 5 de octubre de 2004, asunto *CaixaBank*, C-442/02, el Tribunal de Justicia se planteó si la libertad de establecimiento se opone a una normativa francesa que prohíbe a una entidad de crédito, filial de una sociedad de otro Estado miembro, que remunere las cuentas corrientes, abiertas por residentes en Francia.

Tras recordar que el artículo 49 del TFUE exige la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, el Tribunal de Justicia analiza los efectos diferenciados que tiene la medida sobre los operadores económicos foráneos.

Según el Tribunal de Justicia, la prohibición de remunerar las cuentas corrientes establecida en la normativa francesa constituye para las sociedades de otros estados miembros un obstáculo importante para el ejercicio de sus actividades por medio de una filial en este último Estado, que afecta a su acceso al mercado. En efecto, dicha prohibición obstaculiza la captación de fondos del público por parte de las entidades de crédito, filiales de sociedades extranjeras, al privarlas de la posibilidad de competir de forma más eficaz, mediante la remuneración de las cuentas corrientes, con las entidades de crédito tradicionalmente implantadas en el Estado miembro de establecimiento, dotadas de una extensa red de agencias y que disponen por tanto de mayores facilidades que dichas filiales para captar fondos del público. La prohibición francesa de remunerar cuentas corrientes tiene como efecto hacer más difícil para las empresas de crédito extranjeras competir en el mercado francés, donde las empresas de crédito nacionales tienen la ventaja de tener una red de sucursales.

El Tribunal parece acoger la concepción del abogado general Tizzano en sus Conclusiones de 25 de marzo de 2004, en el asunto *CaixaBank*, C-442/02, en donde afirmó que le resulta difícil calificar de restricciones contrarias al Tratado unas normas nacionales que regulan el ejercicio de una actividad económica *sin condicionar directamente el acceso* a la misma y *sin establecer discriminación alguna* ni de hecho ni de derecho, entre los operadores nacionales y los operadores extranjeros, *simplemente porque reducen la conveniencia económica* del ejercicio de dicha actividad.²⁶

26. En opinión de Tizzano «esta interpretación permitiría a los operadores económicos –tanto nacionales como extranjeros– utilizar abusivamente el artículo 43 CE para oponerse a cualquier medida nacional que, por el mero hecho de regular las modalidades de ejercicio de una actividad

La mayor parte de los asuntos planteados ante el Tribunal de Justicia vía cuestión prejudicial son asuntos en donde las medidas estatales cuestionadas tienen, en la práctica, un efecto restrictivo más oneroso sobre los operadores económicos de fuera que sobre los locales y por ello el Tribunal de Justicia exige que los poderes públicos justifiquen su adopción en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo. Sin embargo, para poder afirmar con rotundidad que el Tribunal de Justicia mantiene la concepción de que son los efectos diferenciados lo que determina la existencia de un obstáculo a la libertad de establecimiento habría que encontrar un asunto en el que una medida estatal no tuviera tales efectos diferenciados y por ello el Tribunal renunciase a controlar la justificación de la misma, como hizo en la sentencia *Mobistar y Belgacom Mobile* en materia de libre prestación de servicios.

Tal asunto podría ser el resuelto en la reciente STJ de 1 de julio de 2010, asunto *Sbarigia*, C-393/08, donde se dilucidaba la conformidad con el TFUE de una normativa italiana que regulaba los horarios de apertura y los días de cierre de las farmacias.

Para el Tribunal de Justicia un nacional de un Estado miembro, que ejerce, de manera estable y continuada, una actividad profesional en otro Estado miembro está comprendido dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones del capítulo del Tratado CE relativo al derecho de establecimiento. No obstante, en el caso concreto la farmacia en cuestión es un establecimiento permanente en la zona peatonal del centro de Roma, cuya titular ya realiza una actividad profesional continua. Por tanto, según el Tribunal de Justicia, el ejercicio del derecho de establecimiento no se cuestiona y por tanto no entra a controlar si la medida se encuentra o no justificada en la promoción de un objetivo legítimo.

La afirmación del Tribunal en este punto es algo confusa, pues el hecho de ejercer una actividad profesional de manera efectiva mediante un estableci-

económica, pueda reducir, en última instancia, los márgenes de beneficio y, por ello, la conveniencia de ejercer dicha actividad económica. Pero ello equivaldría a utilizar el Tratado para alcanzar un fin que no le es propio: no ya el de instaurar un mercado interior en el que las condiciones sean similares a las de un mercado único y en el que los operadores puedan circular libremente, sino el de instaurar un mercado sin normas. O mejor: un mercado en el que las normas están, en principio, prohibidas, salvo que sean necesarias y proporcionadas para cumplir con exigencias imperativas de interés general».

miento comercial no supone que las regulaciones nacionales sobre la manera de ejercer tal actividad no sean susceptibles de obstaculizar la libertad de establecimiento si tuviesen efectos diferenciados más onerosos sobre los operadores económicos de fuera que sobre los de dentro.

Es indudable que la obligación de cerrar determinados días de la semana recorta los márgenes de rentabilidad de la actividad económica, haciendo también menos atractivo, de este modo, el ejercicio de la misma. Sin embargo, lo que parecería subyacer en la negativa del Tribunal de Justicia a considerar la normativa referida como un obstáculo a la libertad de establecimiento –necesitado, por tanto, de justificación– sería que la misma tiene efectos indistintos sobre todos los operadores económicos.²⁷

Ciertamente, el pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el asunto *Sbarigia* no es tan claro como el realizado en materia de prestación de servicios en el asunto *Mobistar y Belgacom Mobile*; sin embargo, la regulación italiana sobre horarios comerciales no se somete al control de su justificación.

En *Sbarigia* se trataba de un supuesto de normativa estatal que condiciona el ejercicio de una actividad económica de los operadores económicos ya establecidos en un mercado nacional. Distinto es el supuesto de aquellas normativas estatales que condicionan directamente el propio acceso y establecimiento de los operadores económicos y no sólo el ejercicio de la actividad.

En este supuesto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia viene considerando que, por ejemplo, la exigencia de una autorización previa que reserve el ejercicio de una actividad a determinados operadores económicos que respon-

27. El abogado general Jääskinen en sus Conclusiones presentadas el 11 de marzo de 2010 en el asunto *Sbarigia* no considera «que una norma regional como la Ley regional no 26/2002, indistintamente aplicable a todas las farmacias situadas en la región de que se trata, deba figurar entre la serie de medidas que prohíben, obstaculizan o hacen menos interesante el ejercicio de la libertad de establecimiento por las empresas de los demás estados miembros. Por lo tanto, no se trata de una restricción de la libertad de establecimiento que responda a la definición establecida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia» refiriéndose a la STJ en el asunto *CaixaBank*. A su juicio, «una conclusión contraria sólo sería posible si la legislación relativa a los horarios de apertura y a las vacaciones careciera de transparencia o si su aplicación dependiese de una forma determinante de las facultades discrecionales de la Administración». Precisamente la Sra. Sbarigia planteaba la cuestión de si las modalidades de la toma de decisión, en lo que atañe a las excepciones previstas en el artículo 10, apartado 2, de la Ley regional núm. 26/2002, no otorgan una amplia facultad discrecional a la Administración.

dan a requisitos predeterminados constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento. Obstáculo en todo caso susceptible de ser justificado en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo.

La cuestión fundamental es entonces dilucidar las razones por las que se debe considerar a las autorizaciones previas como potenciales obstáculos a la libertad de establecimiento. Razones que no pueden ser otras que los efectos diferenciados que las autorizaciones pueden tener sobre los operadores foráneos.

En este sentido, para el abogado general Poiares Maduro²⁸ las injerencias en las libertades fundamentales se manifiestan, frecuentemente, como un freno al acceso al mercado nacional que se deriva de las medidas que protegen las cuotas de mercado de operadores ya establecidos en aquél. La exigencia de una autorización previa que reserve el ejercicio de una actividad a determinados operadores económicos que respondan a requisitos predeterminados constituye una restricción. Más concretamente, «cuando una normativa nacional sujeta el desarrollo de una actividad a un requisito relacionado con las necesidades económicas o sociales de esa actividad, constituye una restricción dado que limita el número de prestadores de servicios». Tales limitaciones son análogas a las que han sido consideradas un obstáculo a la libertad de circulación de mercancías por proteger las posiciones de operadores económicos ya establecidos, obstaculizando, de este modo, el acceso al mercado nacional a los productos originarios de otros estados miembros.

Las medidas que prohíben o que hacen más difícil el acceso al mercado de los nuevos operadores económicos limitan la flexibilidad del mercado correspondiente en su estado actual y son, en consecuencia, por su naturaleza, contrarias a las libertades de circulación.²⁹ Al congelar el acceso al mercado, las medidas de que se trata tienen el efecto de que impiden establecerse a quienes deseen hacerlo y, por lo tanto, impedirán el establecimiento a quienes no sean de ese Estado miembro.³⁰

28. En sus Conclusiones presentadas el 30 de septiembre de 2009 en los asuntos *Blanco y Chao*, asuntos acumulados C-570/07 y C-571/07.

29. Conclusiones del abogado general Bot de 31 de enero de 2008, asunto *Corporación Dermoes-tética*, C-500/06, apartado 73.

30. Ello es lo que ocurría precisamente en el supuesto discutido en la STJ de 1 de junio de 2010, asuntos *Blanco y Chao*, C-570/07 y C-571/07, donde se planteó la compatibilidad con la libertad de

Ciertamente, no toda normativa que exija una autorización para poder ejercer una actividad económica es contraria al Tratado, pues aunque se trate, *a priori*, de un obstáculo al comercio por sus efectos diferenciados puede ser susceptible de justificarse en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo.³¹

Al igual que se podría aceptar la presunción de que son obstáculos a la libertad de establecimiento, y por tanto sometidas a la necesidad de justificarse, las exigencias de autorizaciones y licencias, se podría considerar en los mismos términos a todas aquellas normativas que entorpecen el establecimiento de operadores económicos mediante el establecimiento de requisitos como los de distancias mínimas, los mínimos de población, etc.

Es posible, por tanto, sostener que las medidas nacionales aplicables indistintamente se puede presumir que constituyen una restricción a la libertad de establecimiento cuando condicionen directamente el acceso a una actividad profesional –por exigir una autorización o establecer determinados requisitos de distancia, etc.–, pero no cuando se limiten a regular las condiciones o modalidades de ejercicio de una actividad económica, siempre, claro, que en este último supuesto lo hagan con efectos, de hecho o de derecho, indiferenciados.³²

establecimiento de una normativa española que fijaba determinados requisitos de población y de distancia para la concesión de una autorización de apertura de una farmacia.

El Tribunal de Justicia, sin embargo, en su argumentación parece acoger que son los costes suplementarios derivados de la exigencia de pedir una autorización los que determinarían que nos encontremos ante un obstáculo convirtiendo así las libertades básicas del mercado interior en una suerte de derecho a la libertad de empresa. En efecto, según el Tribunal de Justicia constituye una restricción en el sentido del artículo 49 TFUE una normativa nacional que supedita el establecimiento de una empresa de otro Estado miembro a la expedición de una autorización previa, ya que puede entorpecer el ejercicio, por tal empresa, de la libertad de establecimiento, impidiéndole desarrollar libremente sus actividades a través de un establecimiento permanente. En efecto, dicha empresa podría verse obligada, por una parte, a soportar las cargas administrativas y financieras adicionales que implica cada expedición de tal autorización. Por otra, el sistema de autorización previa excluye del ejercicio de una actividad por cuenta propia a los operadores económicos que no respondan a exigencias predeterminadas cuya observancia condiciona la expedición de esa autorización.

31. De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T., «Libertad de establecimiento y de servicios: ¿Reconocimiento mutuo o país de origen?», REDA, núm. 146, 2010, p. 221-263.

32. Debe tratarse de medidas nacionales que condicionen directamente el acceso a una actividad profesional legalmente ejercida, sin embargo, por otros operadores económicos en el mercado, pues una prohibición total de ejercer una determinada actividad no tendría efectos proteccionistas al afectar a todos por igual. El problema es cuando se exige autorización para ejercer una actividad que por tanto ya ejercen otros, normalmente nacionales. Sobre el error de utilizar el criterio del acceso al mercado cuando de medidas de prohibición total se trata ver de la Quadra-Salcedo Janini, T., «La libre circulación de...», citado.

IV. Los efectos desreguladores de la Directiva de servicios

La Directiva de servicios supone el intento de configuración de un mercado interior de los servicios mediante el sometimiento de todas aquellas medidas de los estados miembros que condicionen la actividad económica de prestación de servicios al denominado principio de proporcionalidad. La Directiva de servicios no se limitaría, por tanto, a echar abajo aquellos obstáculos a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento que subsisten a la prohibición establecida en el TFUE cuando reconoce las libertades básicas del mercado interior –como consecuencia de promover proporcionadamente objetivos legítimos– sino que va bastante más lejos.

En efecto, la Directiva de servicios supone, esencialmente,³³ el sometimiento de todas aquellas disposiciones nacionales que establecen requisitos y condiciones para el acceso o el ejercicio de una actividad económica de prestación de servicios, con o sin establecimiento permanente e independientemente de si se trata o no de regulaciones obstaculizadoras de la libre prestación de servicios o de la libertad de establecimiento por tener efectos diferenciados sobre los operadores económicos foráneos, al respeto del principio de proporcionalidad.

La Directiva de servicios supone la codificación de la libertad de empresa, la codificación del libre ejercicio de una actividad económica, en una norma de derecho derivado como es una directiva, que como consecuencia del principio de primacía vincula a los poderes nacionales que, a partir de la entrada en vigor de la misma una vez transpuesta, ya no sólo deben justificar ante el juez europeo que sus regulaciones obstaculizadoras del comercio intracomunitario promueven de manera proporcionada un objetivo legítimo sino también que cualquier regulación que condicione y reglamente la prestación de servicios, aunque no obstaculice el comercio intracomunitario, promueve de manera proporcionada un objetivo legítimo.³⁴

33. Decimos esencialmente pues la Directiva de servicios supone, además del sometimiento de las normativas estatales sobre servicios, bien a través de un establecimiento bien sin establecimiento, al respeto del principio de proporcionalidad, la prohibición directa de establecer determinados requisitos para poder acceder o ejercer una determinada actividad de servicio.

34. De la Quadra-Salcedo Janini, T., «¿Quo vadis...», citado, y de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, «La Directiva de servicios...», citado.

Los efectos desreguladores de la nueva norma europea provendrían del sometimiento de las disposiciones nacionales que regulan la actividad económica de prestación de servicios al principio de proporcionalidad. En efecto, hasta la entrada en vigor de la Directiva de servicios las regulaciones nacionales que no caían bajo las prohibiciones establecidas en las libertades básicas del mercado interior por tener efectos indistintos sobre todos los operadores económicos no se sometían al control del juez europeo sino al control del juez nacional. que tomaba como parámetro de control los derechos fundamentales económicos recogidos en las respectivas constituciones nacionales.

El nuevo parámetro de control de las regulaciones nacionales no obstaculizadoras del comercio interestatal deja de ser nacional, la Constitución, para pasar a ser europeo, la Directiva de servicios, y además el nuevo parámetro establecido en la Directiva para juzgar las normas estatales –el juicio de proporcionalidad– es, en la práctica, más intenso e incisivo que el parámetro nacional utilizado hasta ahora para juzgar esas mismas normas, el juicio de razonabilidad. La norma europea, al utilizar la proporcionalidad allí donde hasta ahora se aplicaba la razonabilidad. reduce el ámbito de deferencia al legislador. La Directiva en este aspecto supone una potencial desregulación del mercado.

Así, mientras que en el ámbito del control de las regulaciones públicas tomando como parámetro los derechos fundamentales económicos contenidos en las constituciones nacionales se viene propugnando por parte de la doctrina y de la jurisprudencia de los diferentes estados la necesidad de una cierta deferencia judicial hacia el legislador;³⁵ la nueva Directiva de servicios instauraría un control mucho más incisivo a través del control de la proporcionalidad de aquellas mismas regulaciones.

Control más incisivo que, por cierto, ni siquiera ha sido el adoptado, por ejemplo, por los tribunales norteamericanos, donde desde los años cuarenta del siglo xx el Tribunal Supremo viene considerando, al someter a control las regulaciones de los poderes públicos, incluidos los estatales, tomando como parámetro los derechos fundamentales económicos, que «ha pasado el día en que

35. Así por ejemplo, la interpretación que de las constituciones germana o española han realizado sus respectivos tribunales constitucionales.

este Tribunal usaba la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda para echar abajo leyes estatales, reguladoras de las condiciones en los negocios o industrias, porque eran consideradas poco sabias, imprevisoras o no armónicas con una determinada escuela de pensamiento». Y afirma que «para la protección contra los abusos del legislador la gente debe acudir a las elecciones, no a los tribunales».³⁶

A partir de los años treinta en los Estados Unidos el control de razonabilidad se erige en el criterio de control de las regulaciones de los poderes públicos que se someten al proceso debido cuando de aplicar los límites derivados del reconocimiento de los derechos económicos se trata. El control de razonabilidad supone la utilización de un escrutinio muy laxo pues basta con que se demuestre que la medida del poder público de alguna manera tiene una relación razonable con el objetivo legítimo que se quiere promover para que la misma sea considerada conforme a la Constitución. La legislación que regula los asuntos económicos es competencia de los poderes públicos a menos que la norma sea tan estúpida que ni siquiera se pueda imaginar una justificación.³⁷

En la Unión Europea, no habrían sido, en este caso, unilateralmente los jueces europeos los que han adoptado una determinada escuela de pensamiento, más desreguladora, al controlar la actuación de los poderes públicos estatales, ni siquiera habría sido una modificación del derecho originario, sino que habría sido el derecho derivado, la Directiva de servicios, la que ha adoptado una escuela de pensamiento desreguladora, pues es esta norma la que somete las

36. *Williamson v. Lee Optical Co.* 348 U.S. 483 (1955). En el mismo sentido, por ejemplo, en *Ferguson v. Skrupa* 372 U.S. 726 (1962) el Tribunal Supremo, a través de la opinión redactada por el juez Black, afirma que el Tribunal ha revocado la jurisprudencia *Lochner* y su progenie, que consideraba que el proceso debido permitía a los tribunales declarar la inconstitucionalidad de las leyes que considerasen poco sabias y ha retomado la interpretación constitucional original de que los tribunales no sustituyen con sus creencias económicas y sociales el juicio de los legislativos, que han sido elegidos para promulgar leyes (372 U.S. 726 en 730). Ya no es asunto del Tribunal si «el legislativo adopta como libro de texto [para realizar sus regulaciones] a Adam Smith, a Herbert Spencer, a lord Keynes o a cualquier otro» (372 U.S. 726 en 732). El Tribunal Supremo de los Estados Unidos no ha declarado inconstitucional una legislación económica por vulnerar el proceso debido sustantivo desde la Depresión. De la Quadra-Salcedo Janini, T., *Unidad Económica y des-centralización...*, citado.

37. *United States Railroad Retirement Board v. Fritz*, 449 U.S. 166 (1980) en 179. *Vance v. Bradley*, 440 U.S. 93, 110-12 (1979); *Northside Sanitary Landfill, Inc. v. Indianapolis*, 902 F.2d 521 (7th Cir. 1990).

regulaciones de los estados miembros a un control jurisdiccional más incisivo que el de mera razonabilidad.³⁸

Ciertamente, ello es perfectamente legítimo que se haga, pues es una decisión del legislador de la Unión; sin embargo, no es de recibo que una decisión de tal trascendencia se nos trate de vender desde determinados sectores doctrinales como si se tratase de una mera codificación de lo que ya estaba en la jurisprudencia sobre las libertades básicas del mercado interior.

38. Control más incisivo que ni siquiera es el utilizado por el propio Tribunal de Justicia cuando de controlar la conformidad de las regulaciones realizadas por las instituciones europeas con los derechos fundamentales económicos europeos se trata. Sobre la deferencia del Tribunal de Justicia al controlar utilizando los derechos económicos europeos ver de la Quadra-Salcedo Janini, T., «El Derecho constitucional comunitario “in the age of balancing”. Control de constitucionalidad y principio de proporcionalidad», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 18, 2003.

RESUMEN

Revista catalana de dret públic, 42, ISSN 1885-5709, 2011

Fuente de la clasificación: Clasificación Decimal Universal (CDU)

Fuente de los descriptores: palabras clave facilitadas por los autores

338.4:339.3

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, profesor titular de derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid

es Mercado interior y Directiva de servicios

p. 257-293

La consecuencia fundamental de la Directiva 2006/123 del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, es el sometimiento de las disposiciones nacionales que regulan la prestación de servicios, independientemente de si obstaculizan o no el comercio entre estados miembros, a un nuevo parámetro para determinar su conformidad con el ordenamiento jurídico: el principio de proporcionalidad. Principio al que no quedaban sometidas las regulaciones nacionales no obstaculizadoras

del comercio intracomunitario antes de la entrada en vigor de la Directiva como consecuencia de la laxitud del escrutinio al que venían siendo sometidas tales regulaciones cuando se tomaban como parámetro los derechos fundamentales económicos nacionales. La Directiva en este aspecto supone una potencial desregulación del mercado. El artículo analiza los rasgos del mercado interior y en relación con ello la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre libre prestación de servicios y sobre libertad de establecimiento.

Palabras clave: mercado interior; libertades básicas del mercado interior; libre prestación de servicios; Tribunal de Justicia; desregulación; principio de proporcionalidad; Directiva de servicios.

RESUM

Revista catalana de dret públic, 42, ISSN 1885-5709, 2011

Font de la classificació: Classificació Decimal Universal (CDU)

Font dels descriptors: paraules clau facilitades pels autors

338.4:339.3

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, professor titular de dret administratiu de la Universitat Autònoma de Madrid

es Mercado interior y Directiva de servicios

ca Mercat interior i Directiva de serveis

p. 257-293

La conseqüència fonamental de la Directiva 2006/123 del Parlament i del Consell, de 12 de desembre, relativa als serveis en el mercat interior, és la submissió de les disposicions nacionals que regulen la prestació de serveis, independentment de si obstaculitzen o no el comerç entre estats membres, a un nou paràmetre per determinar-ne la conformitat amb l'ordenament jurídic: el principi de proporcionalitat. Abans de l'entrada en vigor de la Directiva les regulacions nacionals no obstaculitzadores del comerç intra-

comunitari no quedaven sotmeses a aquest principi com a conseqüència de la laxitud de l'escrutini al qual eren sotmeses aquestes regulacions quan es prenen com a paràmetre els drets fonamentals econòmics nacionals. La Directiva implica en aquest aspecte una desregulació potencial del mercat. L'article analitza els trets del mercat interior i en relació amb això la jurisprudència del Tribunal de Justícia sobre lliure prestació de serveis i llibertat d'establiment.

Paraules clau: mercat interior; llibertats bàsiques del mercat interior; lliure prestació de serveis; Tribunal de Justícia; desregulació; principi de proporcionalitat; Directiva de serveis.

ABSTRACT**Revista catalana de dret públic**, 42, ISSN 1885-5709, 2011

Classification source: Universal Decimal Classification (UDC)

Key words source: Key words are given by authors

338.4:339.3

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, tenured professor of Constitutional Law at the Autonomous University of Madrid

es Mercado interior y Directiva de servicios

en The Internal Market and the Services Directive

p. 257-293

The fundamental consequence of Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 September 2006 on Services in the Internal Market is the subjection of national provisions regulating the performance of services, independently of whether or not they hinder commerce among member states, to a new parameter to determine their compliance with the legal order: the principle of proportionality. National regulations that did not hinder intra-Community commerce were not subject to

this principle before the Directive took effect. This was a consequence of the lax oversight applied to such regulations when fundamental economic rights of each nation were taken as a parameter. In this regard, the Directive constitutes a potential deregulation of the market. The article analyzes the characteristics of the internal market and in that regard, the case law of the Court of Justice on the free provision of services and freedom of establishment.

Key words: internal market; basic freedoms of the internal market; free provision of services; Court of Justice; deregulation; proportionality principle; Services Directive.

