

LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS EN LA UNIÓN EUROPEA*

Stelio Mangiameli**

Traducido del italiano por Augusto Aguilar Calahorro

SUMARIO

- 1.- *Las disposiciones del Tratado en materia de servicios*
- 2.- *El Libro verde sobre los servicios de interés general*
- 3.- *El Libro blanco sobre los servicios de interés general*
- 4.- *La propuesta de directiva relativa a los servicios en el mercado interno (Bolkestein)*
- 5.- *El texto de la propuesta de directiva enmendado por el Parlamento europeo*
- 6.- *Consideraciones críticas: el ámbito de aplicación y la derogación*
- 7.- *Continúa: el principio del país de origen*

1. LAS DISPOSICIONES DEL TRATADO EN MATERIA DE SERVICIOS

El Tratado de la Comunidad Europea disciplina la prestación de servicios por medio de las disposiciones contenidas en los artículos 49 a 55, limitándose a fijar los principios fundamentales de la materia. Los artículos 49 y 50, en particular, reconocen el principio de la libertad de prestación de servicios sobre el territorio de los Estados miembros y el principio de trato nacional (respecto del país destinatario), los cuales son indefectibles y funcionales a la creación de una Europa comunitaria y de un mercado común europeo (art. 14, apartado 2, TCE).

* Intervención del autor en las III Jornadas sobre la Constitución europea, Granada 5-6 de abril de 2006.

** Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Teramo (Italia).

El art. 49, apartado 1, TCE prevé la obligación para los Estados miembros de suprimir las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad respecto de los ciudadanos de los Estados miembros establecidos en uno de los países de la Comunidad que no sea aquel del destinatario de la prestación. La disposición prohíbe, por tanto, las restricciones fundadas en la nacionalidad en señal de obediencia al principio general de no discriminación establecido en el art. 12 TCE, consintiendo a los ciudadanos comunitarios prestar la propia actividad en favor de un sujeto beneficiario que se encuentre en otro Estado miembro.

El art. 50 TCE, por su parte, tras haber sintéticamente definido los servicios como “las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración”, establece que “el prestador”, «sometido al régimen de empresa del propio derecho nacional», “podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales”.

Si por “servicio” –ajustándonos a la letra del Tratado– debe, por tanto, entenderse cada actividad que sea económicamente relevante y que sea prestada normalmente a cambio de una remuneración, es mérito del Tribunal de Justicia haber aclarado, antes que nada, que “la característica esencial de la retribución” debe ser “localizada en la circunstancia en que ésta (constituya) la remuneración económica de la prestación considerada”¹. De modo que habría “servicio” sólo en presencia de actividades que tengan una contrapartida económica², prescindiendo del hecho de que efectivamente coincidan aquel que se beneficia del servicio y aquel que lo remunera³. El juez comunitario, en segundo lugar, ha realizado una interpretación extensiva de la noción de “servicio”, habiendo, desde hace tiempo, precisado que la remuneración pueda ser satisfecha también *in natura*⁴.

El art. 50, apartado 3, TCE reconoce, además, el principio de “trato nacional”, en base al cual el prestador establecido temporalmente en un Estado miembro debe ser facultado a proveer su actividad de servicio en las mismas condiciones que los ciudadanos de dicho Estado. Es por tal reconocimiento por lo que el Tribunal de Justicia ha subrayado, por ejem-

¹ Tribunal de Justicia., 11 de abril 2000, unión de las causas 51/96 y 191/97, *Delière*, en *Racc.*, 2000, I-2549.

² Tribunal de Justicia., 7 de diciembre 1993, causa 109/92, *Wirth*, en *Racc.*, I-6447.

³ Tribunal de Justicia, 26 de abril 1988, causa 352/85, *Bond van Adverteerders e altri c. Stato olandese*, en *Racc.*, 1988, 2085.

⁴ Tribunal de Justicia, 5 de octubre 1988, causa 196/87, *Steymann*, en *Racc.*, 1988, 6159.

plo, la incompatibilidad con la libre prestación de servicios de la regulación o práctica nacional que reserva sólo a los nacionales del Estado miembro la participación en los partidos de fútbol entre profesionales⁵; la incompatibilidad de la previsión nacional que obstaculiza a los emisores extranjeros de publicidad la transmisión de mensajes publicitarios en otro Estado miembro⁶; o, también, la incompatibilidad de la disposición nacional que limita la prestación de servicios de seguridad privada sobre el propio territorio a las empresas nacionales⁷.

Es una opinión difundida que el proceso de liberalización de los servicios ha sido provocado por un conjunto de factores como, por ejemplo, la “creciente internacionalización de la economía”, “la evolución tecnológica”, “el déficit de eficiencia de algunos servicios públicos”, “la demanda creciente de servicios diferenciados” y también una cierta recuperación de las “ideas neo-liberales”⁸. En el ámbito comunitario, sin embargo, el punto de arranque de tal proceso aparece ligado al objetivo de la realización del mercado único, a partir de la aprobación del Acta Única, la cual prefija el

⁵ Tribunal de Justicia., 14 de julio 1976, causa 13/76, *Donà c. Montero*, en *Racc.*, 1976, 1333: “es incompatible con los art 7 y, según los casos, 48-51 o 59-66 del Tratado una disciplina o praxis nacional, también emanadas de una organización deportiva, que reserva sólo a los ciudadanos del Estado miembro en el cual tal disciplina o praxis rige, el derecho de participar, como profesionales o semiprofesionales en encuentros de fútbol, salvo que dicha disciplina o praxis no impida a los jugadores extranjeros la participación en tales encuentros por motivos no económicos, pero inherentes al carácter y a la fisonomía específica de dichos encuentros, y que tienen por tanto naturaleza deportiva”.

⁶ Tribunal de Justicia, 26 de abril 1988, causa 352/85, *Bond van Adverteerders*, op. cit.: “Implica restricciones prohibidas por el art. 59 del Tratado, a causa de su naturaleza discriminatoria, la normativa nacional que subordine la teledistribución de programas difundidos por emisores establecidos en otros Estados miembros al hecho de que no contengan mensajes publicitarios destinados especialmente al público nacional, mientras los programas nacionales de televisión no son sujetos a las mismas restricciones”. Tribunal de Justicia, 25 de julio 1991, causa 353/89, *Commissione c. Paesi Bassi*, en *Racc.*, 1991, I-4069 ss.: “Prohibiendo a los ejercientes de redes de distribución por cable establecidos sobre el propio territorio la difusión de programas radiofónicos o televisivos que contengan mensajes publicitarios destinados al público nacional y transmitidos por un ente radiotelevisivo establecido sobre el territorio de otro Estado miembro, cuando no sean satisfechos determinados requisitos relativos a la estructura de tales entes o inherentes a mensajes publicitarios contenidos en sus programas y destinados al público nacional, un Estado miembro transgrediría las obligaciones que le incumben por fuerza del art. 59 del Tratado”. Véase también Tribunal de Justicia, 25 julio 1991, causa 288/89, *Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariat voo de Media*, en *Racc.*, 1989, I-4007 ss.

⁷ Tribunal de Justicia., 29 de octubre de 1998, causa 114/97, *Comisión c. España*, en *Racc.*, 1998, I-3955; Tribunal de Justicia 6 de junio de 1996, causa 101/94, *Commissione c. Italia*, en *Racc.*, 1996, I-2691.

⁸ G.E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Giuffrè Milano, 2003, 301.

objetivo de realizar, precisamente, “un espacio sin fronteras internas, en el cual (fuese) asegurada la libre circulación de mercancías, de personas, de servicios y de capitales” (art. 8 A).

Con la aprobación del Tratado de Maastricht, a través del cual los Estados miembros han convenido perseguir una política económica conforme al principio de una economía de mercado abierta y en libre competencia (art. 4.1), el proceso de liberalización de servicios ha progresado. Prueba de ello son, tanto las numerosas disposiciones de principio recogidas en la Parte I del TCE⁹, cuanto las más detalladas disposiciones diseminadas en las restantes partes del Tratado como, por ejemplo, aquellas relativas a las instituciones de la ciudadanía de la Unión, de la disciplina de las redes transeuropeas, de la industria, de la cohesión económica y social, de la tutela del medio ambiente, etc.

A partir de tal momento, con lo previsto en el art. 95 TCE, la Comunidad ha adoptado una serie de directivas que contienen medidas de liberalización, como las relativas al sector de las telecomunicaciones¹⁰, del mercado eléctrico¹¹ y del gas natural¹², o de los servicios postales¹³.

Sucesivamente, también en virtud de una cierta orientación consolidada en el seno del Tribunal de Justicia¹⁴, la Comisión ha dictado una “Comunicación sobre servicios de interés general en Europa”¹⁵. Con tal documento, tras destacar que está implícito en la lógica del art. 86, apartado 2, en relación a los “servicios de interés económico general o con carácter

⁹ Vid., por ejemplo, arts. 2 y 3 TCE.

¹⁰ Directiva 96/19/CE de la Comisión, del 13 marzo 1996, que modifica la directiva 90/388/CEE con la finalidad de la completa apertura de la competencia del mercado de las telecomunicaciones.

¹¹ Directiva 96/92/CE del Parlamento y del Consejo del 19 de diciembre 1996 concerniente a las normas comunes para el mercado interno de la energía eléctrica.

¹² Directiva 98/30/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 22 junio 1998 relativa a normas comunes para el mercado interno del gas natural.

¹³ Directiva 97/67/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 15 de diciembre 1997 concerniente a reglas comunes para el desarrollo del mercado interno de los servicios postales comunitarios y el mejoramiento de la calidad del servicio.

¹⁴ Se trata de una jurisprudencia “decisiva” para la evolución de la noción de “servicio público”; en el TCE, de hecho, la expresión “servicio público” está presente una sola vez en materia de transporte público (art. 73). El art. 86 TCE, como se ha ya comentado, disciplina, sin embargo, sólo “los servicios de interés económico general” y no los “servicios públicos”. Sobre la relación entre las dos nociones –y los motivos que han conducido a no acoger en el seno del Tratado una disciplina de servicios públicos– cfr. C. IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'«idea» di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Torino 2005, pp. 92 y ss., donde se reenvía también por indicaciones sobre la jurisprudencia comunitaria (101 ss.).

¹⁵ GUCE C 281, 26 septiembre 1996, pp. 3 y ss.

de monopolio fiscal”, la institución comunitaria ha subrayado la necesidad de preservar el punto de equilibrio entre las razones de la competencia, con la aplicación de la disciplina europea, y las razones del servicio, en “cumplimiento, en línea de hecho y de derecho, de la específica misión a ellos confiada”. Tal equilibrio, por otro lado, habría debido ser defendido a través de una evaluación inspirada en el criterio de proporcionalidad¹⁶.

A tal marco se ha unido, después, la previsión añadida por el art. 16 del Tratado de Ámsterdam¹⁷ y también la derivada del art. 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁸.

En el primero se ha establecido que “en consideración de la importancia que los servicios de interés económico general ocupan en el ámbito de los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán porque dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir con su cometido”. Con la segunda, sin embargo, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión, se ha reconocido y respetado “el acceso a los servicios de interés económico general previsto por las legislaciones y prácticas nacionales conforme al Tratado que establece la Comunidad europea”¹⁹.

Más allá de los propios juicios que han sido expresados sobre dichas previsiones, la doctrina esta de acuerdo en sostener que éstas refuerzan

¹⁶ En tal sentido también el *Libro verde sobre servicios de interés general*, del 21 mayo de 2003, COM 2003 (270), 2.

¹⁷ Para un examen de los contenidos de la previsión, cfr. S. Gozi, *L'articolo 16 del Trattato di Amsterdam*, en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, pp. 924 y ss.

¹⁸ Para un comentario de la disposición A. LUCARELLI, Art. 36, en R. BIFULCO-M. CARTABIA-A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna 2001, pp. 251 y ss. Es de recordar, por otro lado, que en el 2000 la Comisión ha adoptado una ulterior Comunicación sobre el tema de “servicios de interés económico general” (20 de septiembre 2000). Para ulteriores informaciones sobre este punto, cfr. G.E. BERLINGERIO, *Studi*, op. cit., pp. 318 y ss.

¹⁹ Aunque las disposiciones arriba citadas ponen en evidencia la conexión entre servicios de interés económico general y cohesión económica y social, con el tiempo ha devenido una constante el convencimiento de que tal conexión colma más propiamente la relación entre cohesión económica y social y la idea del «servicio universal»: cfr. C. IANNELLO, *Poteri pubblici*, op. cit., p. 130, el cual sin embargo pone en evidencia las diferencias que mediarían entre la noción de «servicio público» y la noción de «servicio universal»; más ampliamente sin embargo G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano Giuffrè 2002.

la idea de la liberalización del mercado y definen prioritariamente el papel de la Comunidad en el desarrollo de los servicios de interés general²⁰.

2. EL LIBRO VERDE SOBRE LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL

El 21 de mayo de 2003 la Comisión ha adoptado un Libro verde sobre servicios de interés general. En él, tras recordarse que los servicios son “parte de los valores comunes de toda la sociedad europea y constituyen un trato esencial del modelo europeo de sociedad”²¹, se ha evidenciado la función peculiar cumplida por los mismos: para la Comisión, los servicios enriquecerían la calidad de vida, permitiendo la superación de las condiciones de marginación y de aislamiento social de los ciudadanos. La consecución de tales objetivos, por otro lado, incidiría ensalzando finalmente la economía, estimulando la competitividad del mercado y garantizando, a la vez, una mayor cohesión social y territorial.

Para la institución comunitaria, en otros términos, la realización de las fases ulteriores del proceso de integración y, específicamente, la creación de un mercado único, dependería en gran medida de la capacidad de la Unión de trazar una disciplina acabada y en muchos aspectos innovadora de los servicios de interés general. Se trataría, como se ve, de un pasaje obligatorio, de un proceso circular, caracterizado por una alta tasa de dinamismo: la liberalización controlada y la gradual apertura del mercado harían de los servicios en mayor medida accesibles, provocando contextualmente un relanzamiento de las tasas de ocupación. La gestión de los servicios mejoraría la calidad de vida de los ciudadanos de la Unión, consintiendo la satisfacción de los propios derechos fundamentales. La realización de los derechos ligada a la eficiencia de los servicios, además,

²⁰ Las disposiciones han sido diversamente entendidas por la doctrina: al respecto vid. G.E. BERLINGERIO, *Studi*, pp. 317 y s.

²¹ En el documento la Comisión aclara que la expresión “servicios de interés general” es más amplia que aquella relativa a los “servicios de interés económico general”. Esta se refiere ya sea a los “servicios de mercado” sea a aquellos “no de mercado”, “que las autoridades públicas consideran de interés general y que se someten a específicas obligaciones de servicio público”; que la expresión “servicios de interés económico general” se refiere “a servicios de naturaleza económica que, en virtud de un criterio de interés general, los Estados miembros o la Comunidad sujetan a específicas obligaciones de servicio público”; que la expresión “servicio universal” concierne a “una serie de requisitos de interés general en base al cual tales servicios son puestos a disposición de todos los consumidores y usuarios finales hasta el nivel cuantitativo establecido, sobre todo el territorio de un Estado miembro, prescindiendo de la ubicación geográfica de los mismos y, teniendo en cuenta las específicas circunstancias nacionales, a un precio abordable”.

volvería a estimular la competitividad entre los operadores económicos, favoreciendo la inversión en las regiones más desfavorecidas.

Por tales razones, según la Comisión sería oportuno dar comienzo a un debate común e individualizar, por tal camino, los instrumentos más oportunos e idóneos para incrementar “la certeza jurídica y garantizar una conexión coherente y armoniosa entre el objetivo de mantener alta la calidad de los servicios de interés general y la rigurosa aplicación de las reglas de la competencia y del mercado interno”.

Tras aclarar las ventajas y las desventajas de la adopción de una normativa unitaria sobre los servicios de interés general²², las características de los servicios económicos y de aquellos no económicos²³, el papel desarrollado por las autoridades públicas de los Estados miembros en el suministro de los servicios²⁴, las formas de financiación de los mismos²⁵ y las conexiones que éstas presentan con el desafío de la globalización²⁶, el libro ha puesto sobre el tapete una serie de cuestiones²⁷. Entre ellas: a) si el desarrollo de los servicios de interés general de alta calidad debe ser considerado entre los objetivos comunitarios; b) si es necesario atribuir ulteriores poderes jurídicos en el sector de los servicios de interés general (económicos y no económicos); c) si debe ser repartida la responsabilidad entre la Comunidad y las administraciones de los Estados miembros y en qué modo; d) qué formas de participación de los ciudadanos pueden ser individualizadas a tal propósito; e) qué aspectos de la reglamentación de los requisitos concernientes a la noción de “servicios de interés general” deberían ser considerados a nivel comunitario y cuáles, sin embargo, dejados en manos de los Estados miembros.

3. EL LIBRO BLANCO SOBRE LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL

El Libro verde de la Comisión del 2003 ha provocado un amplio debate entre la opinión pública y entre las instituciones comunitarias. En el transcurso de un año, la Comisión ha recibido casi 300 contribuciones procedentes de una amplia gama de interlocutores, relativas al papel general de la Unión Europea en la definición de los objetivos y de la modalidad de

²² Punto 2.2

²³ Punto 2.3.

²⁴ Punto 4.

²⁵ Punto 4.2.

²⁶ Punto 5.

²⁷ Tales cuestiones son recogidas en el sub punto 6 (“*Conclusión operativa*”).

gestión, financiación y evaluación de los servicios de interés general. A pesar de que el debate ha registrado sensibles divergencias de opinión, en casi todas las contribuciones se ha subrayado la importancia de la presencia de servicios de interés general de alta calidad y la necesidad de garantizar una combinación armoniosa de mecanismos de mercado y funciones de servicio público.

El 12 de mayo 2004 la Comisión ha adoptado, en consecuencia, un Libro blanco sobre servicios de interés general. En el documento, tras haberse corroborado que los servicios de interés general constituyen “uno de los pilares del modelo europeo de sociedad”²⁸, se ha afirmado que debería corresponder “sobre todo a las autoridades nacionales, regionales y locales competentes” el deber de “definir, organizar, financiar y controlar los servicios de interés general”²⁹. Y sobre tal presupuesto la Comisión ha decidido la modificación del actual art. 16 TCE, por obra, inicialmente, del proyecto de Tratado constitucional, evidenciando que el sector de los servicios de interés general no requiere por sí mismo una ampliación de los poderes de la Unión, sino una acción “conjunta” entre “la Unión y los Estados miembros, según las respectivas competencias y en el ámbito de aplicación de la Constitución”, guiada por principios definidos en la ley europea³⁰. La «ratio» puesta en la base de la disciplina (compartida por la Comisión) se relacionaría (una vez más) a la idea de que la normativa comunitaria debe tutelar “las obligaciones más que su modalidad de ejecución”, con el fin de “conciliar la consecución y la realización de los objetivos de política pública con los objetivos de competitividad de la Unión europea en su conjunto”³¹.

Al igual que se ha recalcado en el precedente Libro verde, la Comisión ha considerado que, en virtud de la incidencia ejercida por los servicios sobre la calidad de vida del ciudadano, es oportuno establecer previamente «un sistema de tutela de los derechos de los consumidores y de los usuarios», como el acceso a los servicios, el precio asequible de los servicios, la seguridad material, la protección y la fiabilidad, la continuidad, la transparencia y el acceso a la información. Tal cosa reclamaría, por un lado, la presencia de una autoridad de reglamentación independiente, dotada de poder sancionador; y por otro lado, la adopción de una disciplina que

²⁸ Punto 2.1.

²⁹ Punto 2.3.

³⁰ Art. III-6 del proyecto de Tratado constitucional (vid. ahora Art. III-122 TC).

³¹ Punto 3.2.

permita “la representación y la participación activa de los consumidores y de los usuarios en la definición y evaluación de los servicios”³².

En su conclusión, sin embargo, la Comisión ha sostenido que sería “oportuno (...) no presentar una propuesta y reexaminar la cuestión en una fase sucesiva. En el ámbito de tal análisis la Comisión antepondría a las eventuales propuestas legislativas una amplia evaluación preventiva de su impacto económico, social y ambiental”³³.

4. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA RELATIVA A LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERNO (BOLKESTEIN)

El 16 de febrero de 2006, tras un largo y trabajoso debate, el Parlamento europeo aprobó, en primera lectura³⁴ y con una amplia mayoría³⁵, la propuesta de directiva sobre la libre circulación de los servicios en el mercado interno. La directiva –demos cuenta de que la “directiva Bolkestein” toma el nombre del Comisario europeo proponente– se inserta en el más amplio proceso de reforma económica alentada en el Consejo de Lisboa en marzo de 2000 con el objetivo de realizar un “verdadero mercado interno” de los servicios y hacer de la economía de la UE “la más competitiva y dinámica del mundo”³⁶.

Cuando en enero del 2004 la Comisión europea sometió, por primera vez, la propuesta de directiva³⁷ a la criba de las instituciones comunitarias, las reacciones inmediatas del Consejo europeo (por tanto, de los gobiernos nacionales) y del Parlamento europeo anunciaban el inicio de un difícil proceso de “concordancia” entre las élites político-económicas europeas, por el fuerte impacto de la directiva sobre el sistema jurídico-económico de los Estados miembros. No es casualidad el largo tiempo que ha conllevado la aprobación del documento por parte del Parlamento europeo; ello es consecuencia de la difícil tarea de mediación necesaria para hacer compa-

³² Punto 3.5.

³³ Punto 4.1.

³⁴ Para la adopción de esta directiva la Comisión ha seguido el procedimiento del art. 251 TCE c.d. coodecisional, por el cual se requiere la aprobación tanto del Parlamento europeo, como del Consejo europeo.

³⁵ La directiva ha sido, de hecho, aprobada con 394 votos favorables; 213 votos contrarios y 34 abstenciones.

³⁶ Cfr. Comisión de la Comunidad europea, Propuesta de directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interno, (SEC 2004, 21) Bruselas, 13 de enero 2004 COM (2004) 2 in fine.

³⁷ COM (2002) 2 del 13 de enero 2004.

tibles las medidas de una política centrada en la reglamentación del mercado europeo de los servicios según el principio de la salvaguardia de los intereses de los usuarios y la política proteccionista derivada de los modelos de mercado limitados al plano nacional. Esta compleja obra de mediación ente los Estados miembros, así como entre las fuerzas políticas de la UE, en particular entre el Partido Socialista Europeo (PSE) y el Partido Popular Europeo (PPE), ha dado vida a una propuesta de directiva profundamente modificada respecto a la versión aprobada por la Comisión el 13 de enero de 2004³⁸.

En su redacción originaria, la propuesta de directiva Bolkestein asumía como presupuesto propio la más amplia liberalización de los servicios en el seno del mercado interno como “instrumento esencial para reforzar la integración entre los pueblos europeos y para promover un progreso económico y social equilibrado y duradero”³⁹, predefiniendo “un marco jurídico que (debería eliminar) los obstáculos a la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y a la libertad de circulación de los servicios entre los Estados miembros”⁴⁰. De aquí deriva la previsión de tales medidas con la finalidad, según la Comisión, de eliminar los obstáculos normativos a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios.

Respecto a la primera finalidad, constituía un objetivo primario de la propuesta de directiva de la Comisión la disposición de medidas de simplificación administrativa⁴¹, a través de: la creación de «ventanillas únicas»⁴², el derecho a la información⁴³, la previsión de procedimientos cumplimentados por vía electrónica⁴⁴ y la integración de los regímenes de autorización⁴⁵.

En cuanto a la segunda finalidad, la propuesta de directiva predisponía un conjunto de instrumentos destinados a superar los obstáculos a la libre circulación de los servicios, y entre las medidas introducidas la más importante y contestada ha sido la previsión del «principio del país de origen»⁴⁶, verdadero «punctum dolens» de toda la propuesta de directiva.

³⁸ Sobre este punto vid. la *Resolución legislativa del Parlamento europeo sobre la propuesta de directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interno* [COM (2004)0002 – C5- 0069/2004 – 2004/0001 (COD)].

³⁹ Art. 1 Directiva sobre servicios en el mercado interno.

⁴⁰ COM (2004) 2.

⁴¹ Art. 5.

⁴² Art. 6.

⁴³ Art. 7.

⁴⁴ Art. 8.

⁴⁵ Art. 9 y ss.

⁴⁶ Art. 16-19.

En su redacción originaria, de hecho, el art. 16 de la directiva prescribía la obligación para los Estados miembros de garantizar que “los prestadores de servicios (fuesen) sujetos exclusivamente a las disposiciones nacionales del Estado miembro de origen aplicables al ámbito reglamentado”; en particular, dicho principio se refería a las disposiciones relativas “al acceso a una actividad de servicio y a su ejercicio, en particular aquellas que disciplinan el comportamiento del prestador, la cualidad o el contenido del servicio, la publicidad, los contratos y la responsabilidad del prestador”; con la consecuencia ulterior de que “los Estados miembros no (habrían podido) restringir, por motivos que (serían subordinados) del ámbito regulado, la libre circulación de los servicios proveídos por un prestador establecido en otro Estado miembro”⁴⁷.

En base al «principio del país de origen» un proveedor de servicios que preste un servicio dado en un país miembro no estaría sujeto a la disciplina vigente en el Estado donde se suministra el servicio, sino a aquel de su país de procedencia, es decir, la del país en el cual tiene la sede la empresa y no la del país donde se provee el servicio. Así, por ejemplo, una empresa polaca de suministro a laboratorios en Francia no debería requerir autorización a la autoridad francesa, si ya ha obtenido autorización de la autoridad polaca.

La razón de esta previsión debería buscarse en la idea de fondo que ha animado la propuesta de directiva en su integridad, encaminada –como ya dije– a eliminar cada obstáculo normativo que actúe de “freno sobre el complejo de la economía europea y sobre su potencial de crecimiento, capacidad de concurrencia y creación de puestos de trabajo”⁴⁸. Desde esta perspectiva, por tanto, la introducción del principio del país de origen operaría como instrumento de reducción de los vínculos (formales) a la competitividad y como medio de incremento de la productividad, en beneficio sobre todo de los usuarios, considerando que los servicios (suministro y disfrute) constituyen el motor de la economía moderna, produciendo casi el 70% del PIB y de la ocupación⁴⁹.

Serían éstas las razones que habrían conducido a la introducción de la disposición sobre el país de origen en la propuesta de directiva: un principio que, a pesar de que la Comisión intenta hacer pasar por innovador, encuentra algún fundamento directamente en el Tratado. Dicho principio es también inherente a la realización del mercado interno, en el cual

⁴⁷ Art. 16.3.

⁴⁸ COM (2004) 2.

⁴⁹ COM (2004) 2.

la garantía de la libertad de establecimiento y de circulación de los servicios se hacen –según la Comisión– efectivas. Pero el principio del país de origen ha encontrado el disenso de una parte de las fuerzas políticas europeas y, marcadamente, en algunos Estados miembros, donde ha habido también repercusiones sobre la política general relativa al proceso de integración. Parece paradigmático, en tal sentido, el caso del voto referendario francés y holandés al Tratado que establece una Constitución para Europa, el cual ha rebajado la contemporaneidad de la discusión sobre la propuesta de la directiva sobre servicios.

El nuevo texto, votado, en primera lectura, por el Parlamento europeo, con la modificación total de la formulación del art. 16, determina una sustancial limitación del principio del país de origen.

5. EL TEXTO DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA ENMENDADO POR EL PARLAMENTO EUROPEO

En el texto aprobado por el Parlamento europeo, en conjunto, las enmiendas aportadas coinciden en el intento de “limar” la formulación seguida por la Comisión sobre el principio del país de origen, y ello serviría –según algunos– para “hacer compatibles las medidas de liberalización de los servicios (...) con el modelo social trazado en las Constituciones europeas de la segunda mitad del siglo”⁵⁰.

En la base de tales decisiones parlamentarias reposarían al menos tres consideraciones: en primer lugar, la circunstancia de que la acogida del principio del país de origen en la formulación de la Comisión terminaría por alterar el equilibrio del mercado interno, traducándose, en la práctica, “en un verdadero incentivo legal al desplazamiento de la sede de las empresas proveedoras de servicios hacia los países donde las normativas fiscales, sociales y ambientales son más permisivas”⁵¹; en segundo lugar, la circunstancia de que la actuación del principio configuraría formas de discriminación entre los trabajadores, en cuanto diese tratamientos económicos diferenciados de los que derivarían condiciones de mayor ventaja para las empresas cuya legislación de origen garantice menores derechos salariales y de seguridad social; en tercer lugar, la aplicación del principio eludiría la posibilidad de alcanzar formas de armonización de los derechos

⁵⁰ G. BUCCI-L. PATRUNO, *Gli emendamenti del Parlamento europeo alla 'direttiva Bolkestein': occorre che tutto cambi perché tutto resti "diseguale"*, en www.costituzionalismo.it.

⁵¹ G. BUCCI-L. PATRUNO, *Gli emendamenti*, op. cit.

de los Estados miembros, tanto en materia de servicios, cuanto en aquella relativa a las políticas del trabajo y de la ocupación, así como en la del trato fiscal a las empresas proveedoras y del trato en las cotizaciones de los trabajadores ocupados en las empresas de servicios⁵².

Una segunda modificación importante concierne, además, al campo de aplicación de la normativa. Mientras la propuesta de directiva de la Comisión preveía la aplicación a todos los servicios de interés general, de naturaleza económica y no económica (gas, electricidad, agua, residuos, enseñanza), quedan ahora excluidos expresamente de su ámbito “los servicios de interés general definidos por los Estados miembros”⁵³, los servicios de naturaleza bancaria, crediticia, aseguradora, los fondos de pensiones, profesionales o individuales, de inversión o de pago; los servicios de transporte (comprendidos los transportes urbanos, los taxis y las ambulancias); los servicios portuarios, los servicios jurídicos; los servicios médico-sanitarios; los servicios audiovisuales; los juegos de azar; los servicios sociales; los servicios de seguridad, etc.

Ulteriores modificaciones afectan, finalmente, a una parte importante de la disciplina relativa a los regímenes de autorización, como las condiciones de expedición de la autorización⁵⁴, la duración de validez de la misma⁵⁵, la selección de los candidatos⁵⁶, los procedimientos de autorizaciones⁵⁷; a los derechos de los destinatarios⁵⁸, como la asistencia que el Estado miembro estaría obligado a proporcionarles (información general; información a través de «ventanillas únicas»; actividad de asesoramiento; etc.)⁵⁹; a la cualidad de los servicios⁶⁰, como: a) la previsión que, no sólo

⁵² Para ulteriores consideraciones a tal propósito vid. también M. PALLINI, *Una nuova faccia per la Bolkestein*, en *www.lavoce.info* (14 febrero 2006); R.M. JENNER, *Bolkestein: il punto della situazione*, in *www.attac.it* (10 marzo 2006).

⁵³ La expresión adoptada en la formulación del punto –a) del art. 2.2. es algo ambigua; literalmente entendida debería comprender la exclusión de todos los servicios públicos de interés general, mientras, a la luz del cuadro sistemático de la directiva (v. punto 8-bis de los considerandos), parece deberse interpretar como exclusión de los servicios públicos de interés general que no tengan naturaleza económica.

⁵⁴ Art. 10.

⁵⁵ Art. 11.

⁵⁶ Art. 12.

⁵⁷ Art. 13.

⁵⁸ Art. 20 y ss.

⁵⁹ Art. 22; es momento de observar sólomente cómo del texto originario son suprimidos los art. 23, 24 y 25, relativos a la asunción de los gastos financieros y las atenciones sanitarias y las disposiciones específicas concernientes en materia de alejamiento de los trabajadores y de los ciudadanos de países terceros.

⁶⁰ Art. 26 y ss.

los Estados miembros, sino también la Comisión sea competente para proporcionar informaciones sobre prestadores y sus servicios⁶¹; b) la previsión de la facultad (en lugar de la precedente obligatoriedad) de la cobertura de un seguro de responsabilidad profesional para los prestadores de servicios⁶²; c) la disciplina de la garantía posventa⁶³ y la de las resoluciones de las controversias⁶⁴.

6. CONSIDERACIONES CRÍTICAS: EL ÁMBITO DE APLICACIÓN Y LA DEROGACIÓN

Queda acordada la estructura de principios de la directiva, que se basa en la reglamentación de la libertad de establecimiento de los prestadores y sobre la libre prestación de los servicios, pero la propuesta que sale del Parlamento europeo parece manifiestamente más recargada y particularmente detallada. El motivo de este marco normativo tan complejo es la decisión de modificar el principio que habría debido inspirar la normativa sobre la liberalización de servicios en las intenciones de la Comisión. Según la Comisión, de hecho, la asunción del principio del país de origen en el ámbito de la normativa (unitaria) sobre servicios habría estado mayoritariamente en línea con la forma elegida (cuasi federal) para rediseñar (y simplificar) el reparto de las obligaciones y los poderes de la Comunidad y los Estados miembros (punto 2.1 Libro verde). En ejercicio del principio de subsidiariedad, la Comunidad habría debido dictar los principios guía de la “materia” dejando que cada ley nacional (de origen) dispusiera al detalle la disciplina. La gran cantidad de enmiendas aportadas por el Parlamento europeo termina por destruir la lógica que sostenía la propuesta de la Comisión.

En este marco, la propuesta de directiva redactada por el Parlamento implica, por un lado, una consistente ampliación de actividades a las cuales no se aplica la directiva sobre servicios (art. 2) y, por el otro, la introducción de un régimen de derogación del principio de la libre prestación de servicios mucho más extenso respecto al previsto con referencia al principio del país de origen. Esta doble extensión del campo de aplicación de la directiva y de ampliación del régimen derogatorio modifican el marco

⁶¹ Art. 26.

⁶² Art. 27.

⁶³ Art. 28.

⁶⁴ Art. 32.

y el peso de la propuesta originaria de la Comisión, incidiendo sobre el principio cardinal de los propios Libros (verde y blanco) que han precedido la elaboración de la propuesta misma, y ello en el intento de alcanzar, con la directiva, una disciplina unitaria de los servicios en el mercado europeo. En sustancia, estas exclusiones y derogaciones terminan haciendo jurídicamente imposible un mercado europeo de los servicios. La justificación dada para ello, leyendo los considerandos, no es seguramente única en tanto que en algunos casos se reenvía simplemente a otras directivas comunitarias ya en vigor, en otros casos sin embargo la exclusión se apoya sobre la necesidad de la completa armonización de la materia (presumiblemente con un reglamento) que, sin embargo, está aún por venir; y aún en otros, emerge la necesidad de recurrir a un instrumento jurídico diferente (por ejemplo basado en la colaboración entre Estados miembros).

Más allá de las críticas que han sido expuestas a la previsión del «principio del país de origen»⁶⁵, es necesario sin embargo subrayar cómo la propuesta de directiva acoge un sistema de derogación del principio mismo. Los art. 17, 18 y 19, de hecho, plantean excluir de la disciplina regulada por la directiva servicios como, por ejemplo, los postales, de energía eléctrica, de distribución del gas, de distribución del agua; y eso es, quizás, un intento de evitar que algunos servicios considerados esenciales pudiesen ser disciplinados en modo homogéneo en el territorio de la Unión por la armonización⁶⁶.

También es verdad que la propuesta de la Comisión no se interesaba por cada servicio de interés general, puesto que el art. 2 originario sustraía a la disciplina normativa algunas actividades: los servicios financieros, servicios y redes de comunicación electrónica y los servicios de transporte⁶⁷. Sin embargo, tales exclusiones, según lo que se puede leer en la relación que acompaña la propuesta de directiva se sostienen, siempre, por una lógica unitaria. De hecho, si la exclusión de los servicios financieros tendía a justificarse sobre el presupuesto de que eran “ya objeto de una política

⁶⁵ Cfr. vg. M. BERSANI, *Bolkestein o Frankenstein? Dall'UE una direttiva contro lo Stato sociale e i diritti del lavoro*, in *www.attac.it* (23 ottobre 2004).

⁶⁶ Cfr. el punto 3 COM (2004), donde la Comisión subraya que las derogaciones al principio del país de origen, en particular el art. 17, son “necesarias para tener en cuenta la disparidad en el nivel de tutela del interés general de algunos sectores, de la intensidad de la armonización comunitaria, del grado de cooperación administrativa o determinados instrumentos comunitarios”.

⁶⁷ Cfr. también el art. 2.3: “La presente directiva no se aplica al sector fiscal, excepto los arts. 14 y 16 en caso de que las restricciones previstas de tales artículos no sean disciplinadas por normas comunitarias de armonización fiscal”.

global”, la de los servicios y redes de comunicaciones electrónicas y de los servicios de transporte se conectaba con la circunstancia de que concierne a una actividad ya disciplinada por “una serie de instrumentos comunitarios que tratan cuestiones específicas del sector”, por lo cual su ausencia en el régimen de la disciplina general de los servicios generales no habría tenido consecuencia alguna sobre la finalidad perseguida respecto al mercado interno.

7. CONTINÚA: EL PRINCIPIO DEL PAÍS DE ORIGEN

En cuanto a la aplicación del principio del país de origen, considerando que la cuestión no toca en modo alguno al régimen de los trabajadores por cuenta ajena que operan en el sector de los servicios, que sigue el régimen europeo del trabajo por cuenta ajena con todas las garantías y los derechos inherentes a tal disciplina, la propuesta de directiva del Parlamento excluye el principio del país de origen a través del vuelco operado con la reescritura del art. 16.

El recurso al principio del país de origen habría permitido realizar el objetivo de garantizar la libre circulación de los servicios, manteniendo el pluralismo de los regímenes jurídicos de los Estados miembros con sus especificidades y particularidades, el cual no podría ser utilizado, para imponer restricciones a los servicios de un prestador establecido en otro Estado miembro. El principio del país de origen, en base al cual el prestador es sometido únicamente a la legislación del país en el que esté establecido y los Estados miembros no deben imponer restricciones a los servicios suministrados por un prestador establecido en otro Estado miembro, permite al prestador mismo suministrar un servicio en uno o más Estados miembros diferentes de aquel de origen sin ser sometido a las normativas de este último. Ello, por otro lado, permite responsabilizar al Estado miembro de origen obligándolo a garantizar un control eficaz de los prestadores de servicios establecidos sobre su territorio también cuando estos últimos suministren servicios en otros Estados miembros.

La evolución del alcance del principio del país de origen va normalmente en función del desarrollo de la armonización de las normas en algunos sectores. De hecho, la derogación del principio del país de origen es justificada en general o por la condición del «acquis» comunitario, o también, por el nivel de disparidad de los regímenes nacionales. Por tales actividades o tales materias, de hecho, una excesiva divergencia de las aproximaciones nacionales o un nivel insuficiente de integración comunitaria pueden impedir la aplicación del principio.

El principio en cuestión habría incidido sobre los requisitos para el desarrollo de la actividad, sobre las modalidades técnicas de operatividad de las empresas que proveen el servicio, garantizando una mayor circulación, además de las empresas de servicio, también de los trabajadores, en cuanto el Estado miembro en el que se encuentra el trabajador, sobre todo comunitario, no puede imponer prescripciones contrarias al principio del país de origen, como la obligación de disponer de un documento de ingreso, de salida o de estancia o un permiso de trabajo.

La propuesta de directiva del Parlamento, manteniendo el principio por el cual «el Estado miembro de origen es responsable del control de la actividad del prestador y de los servicios que éste abastezca, también cuando el prestador provea servicios en otro Estado miembro» y manteniendo casi inalterados los límites en los que puede moverse una legislación restrictiva de la libre circulación de los servicios por parte del Estado miembro de destino (derivados, por otro lado, esencialmente del «acquis» del juez comunitario, pero que no contemplan las modalidades técnicas de operatividad), subordina la libre circulación de los servicios, por la cual “los prestadores de servicios (pueden) proveer un servicio en un Estado miembro diferente de aquel en el cual tienen sede”, al régimen de acceso del Estado miembro de destino, y determina un grave «desfase» con referencia a los requisitos del prestador, también si, en relación a los límites oponibles a los prestadores extranjeros, se contemplan las reglas: a) de la no discriminación; b) de la necesidad; c) de la proporcionalidad.

En consecuencia, la propuesta de directiva del Parlamento europeo presenta como necesario un carácter proteccionista –cuanto menos potencialmente– del mercado nacional de los servicios, que, en vez de dañar a los consumidores y usuarios de los servicios mismos, limitando la competitividad de la empresa europea de servicios, tiene efectos constitucionales que no deben olvidarse. De hecho, en primer lugar, la fragmentación del mercado de los servicios impide el proceso de armonización, o –en la mejor de las hipótesis– lo retarda sensiblemente y, en segundo lugar, termina delimitando notablemente la obra del juez comunitario, que sería constreñido a leer los arts. 49 y 50 TCE, a la luz de las disposiciones de la directiva, que representarían un obstáculo a una libre interpretación del principio de no discriminación.

Es una opinión común que el principio del país de origen daría sobre todo vida a formas de diferenciación jurídica entre prestadores de servicios operantes en el mismo sector y sobre el mismo ámbito territorial. En particular, el Bundesrat alemán ha observado como “la uniformidad de la ley no (prevalecería) más en el seno de los Estados miembros implicados. Al

contrario, la ley (variaría) de persona a persona o de empresa a empresa, según el país de proveniencia del prestador de servicios”. Así que “el sistema jurídico nacional de cada Estado miembro (entraría) en directa competición con el de los otros, con el resultado de que la empresa nacional, sometida probablemente, a requisitos más severos, (querría) obtener el mismo trato reservado a los concurrentes extranjeros”⁶⁸.

Aun, la uniformidad de la ley interna, respecto a la realización del mercado único, con sus implicaciones políticas, más que económicas, no ha sido nunca una regla apreciable, también y sobre todo, por la evolución del proceso de integración europea. Sería suficiente, a este propósito, confrontar la evolución del mercado único de las mercancías, a partir de la célebre sentencia «Cassis de Dijon»⁶⁹, para llegar fácilmente a la conclusión de que la propuesta de directiva del Parlamento europeo sobre servicios en el mercado interno representa una expresión del actual estancamiento de la idea de la integración europea que podría hacer a los Estados miembros dar pasos hacia atrás, con la cerrazón derivada del egoísmo nacional. Es un camino que se debe evitar.

RESUMEN

En el siguiente texto, se pone de manifiesto el proceso de regulación de uno de los principales pilares de la integración económica, la libertad de prestación de servicios en el territorio de los Estados miembros y el principio de trato nacional (respecto del país destinatario). La regulación de ambos principios se desarrolla a lo largo de un debate sobre la necesidad de equilibrio entre la prohibición de restricciones a la libre prestación de servicios y la protección de los servicios de interés general. Estos últimos, en palabras de la Comisión “enriquecerían la calidad de vida, permitiéndolo la superación de las condiciones de marginación y de aislamiento social de los ciudadanos”. Por tanto, nos encontramos ante la exposición del debate sobre la liberalización de servicios y la protección de un modelo europeo de sociedad. Debate expresado por medio de un Libro verde y un Libro blanco de la Comisión, la propuesta de directiva Bolkenstein y las enmiendas hechas por el Parlamento Europeo.

PALABRAS CLAVE: Libertad de prestación de servicios, principio de trato nacional, protección de servicios de interés general.

⁶⁸ *Bundesrat* 2004:19; Th. Fritz, *La Direttiva UE sui servizi*, vers. telematica, 2004, 12.

⁶⁹ Tribunal de Justicia, sentencia del 20.2.1979, C-120/78, en *Racc.* 1979, 649 ss.

ABSTRACT

The text below shows the regulation processing of the economic integration main basic essentials: freedom to provide services in Member States territory and national negotiation principle. Both principles regulation debates about the need for balance between restrictions prohibition on freedom to provide services and general services protection. According to the Commission, general services “would make rich life quality overcoming citizens’s social alienation”. Then, the text states the debate between institutions considering services liberation and the protection of an European society model. The contents of this debate, Bolkenstein’s proposal and amendments carried out by the European Parliament are available in the Commission Green book and White book.

KEY WORDS: Freedom to provide services, national negotiation principle, general services protection.