

LA TRANSFORMACIÓN DE LOS MERCADOS DE SERVICIOS EN EUROPA: EL ALCANCE DE SU IMPACTO SOBRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

JOSÉ VIDA FERNÁNDEZ

*Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 08.02.2010 / Aceptado: 19.02.2010

Resumen: El comercio de servicios europeo se encuentra en plena transformación como consecuencia de la aprobación de la Directiva de Servicios. Se trata de un instrumento inédito en la construcción de la Unión Europea que afecta sustancialmente al Derecho de los Estados miembros que se encuentran inmersos en un proceso de reformas para intentar adaptarse a sus exigencias. Para poder comprender su trascendencia debe atenderse a su enorme capacidad de impacto sobre el Derecho gracias tanto a su objeto como a su contenido. Ninguna rama jurídica queda completamente al margen de este fenómeno por lo que resulta imprescindible determinar con precisión cuál sea su verdadero alcance y sus límites para poder valorar las consecuencias que habrá de tener para el futuro del ordenamiento jurídico en sus distintas dimensiones.

Palabras clave: Comercio internacional de servicios, Mercado interior de servicios, Directiva de servicios, prestadores de servicios.

Abstract: European Trade in services is undergoing major changes as a result of the adoption of the Services Directive. It is a brand new instrument in the integration process of the European Union that substantially affects law of Member States. It has started a reform process than makes Member State to review and adapt their whole legislation. To understand relevance of Service Directive's it must be notice its enormous potential impact on law thanks to both its subject and its content. No body of law remains completely apart from this process. So it is required to establish accurately its real spans and limits to assess the consequences for the future of law.

Key words: International trade in services, Internal Market in Services, Services Directive, services providers.

Sumario: I. Consideraciones preliminares. II. El instrumento de transformación de los mercados europeos de servicios: una aproximación a la Directiva de Servicios. 1. El significado de la Directiva de Servicios en la construcción de un mercado interior de servicios. 2. La capacidad transformadora de la Directiva de Servicios: la singularidad de su objeto y de su contenido. III. Alcance y límites del proceso de transformación de los mercados de servicios europeos. 1. La incidencia de la Directiva de Servicios en el ordenamiento jurídico. A) Su relación con las demás disposiciones del Derecho comunitario. B) Su relación con la normativa internacional y con la normativa interna de los Estados miembros. 2. La fuerza expansiva de la Directiva de Servicios: su ámbito de aplicación. A) Los servicios afectados por la Directiva de Servicios: determinación de su ámbito objetivo de aplicación. B) Los sujetos afectados por la Directiva de Servicios: determinación de su ámbito subjetivo de aplicación.

I. Consideraciones preliminares

1. Los mercados de servicios europeos se encuentran sometidos a un proceso de profunda trans-

formación como consecuencia de la transposición de la Directiva de Servicios¹. Esta Directiva constituye un singular instrumento diseñado para la consecución de un verdadero mercado único de servicios que está llamado a alterar los ordenamientos jurídicos nacionales dado el peso del sector servicios en las economías avanzadas.

2. En plena crisis del proyecto comunitario se ha concebido una nueva herramienta para la construcción de la Unión Europea con un enorme potencial cuyas consecuencias están aún por determinar. La Directiva de Servicios no es una disposición comunitaria más, no ya por el conjunto de normas a las que afecta en los ordenamientos nacionales sino por su diseño que le permite penetrar en éstos para transformarlos desde su base.

3. A pesar de su trascendencia, la Directiva de Servicios sigue siendo una gran desconocida por lo que se refiere a sus aspectos concretos. Si bien la mayoría de los juristas han tenido noticia de su aprobación no son conscientes de su alcance a pesar de que tarde o temprano tendrán que fajarse con ella en su condición de operadores jurídicos sea cual sea su responsabilidad o la disciplina en la que desarrollen su actividad.

4. Para comprender el significado de la Directiva de Servicios resulta imprescindible situarla en el marco de la Estrategia de Lisboa (II.1), ya que sus particularidades se deben precisamente a que diseñada como instrumento definitivo para abrir de forma definitiva el mercado interior de servicios con la intención de contribuir a hacer de la Unión Europea la economía más competitiva antes del final de la pasada década.

5. Con esta finalidad se estableció el objeto y el contenido de la Directiva (II. 2). En cuanto a su objeto destaca por su carácter omnicompreensivo, mientras que por su contenido introduce una auténtica desregulación de los servicios que desbroza gran parte de nuestro ordenamiento jurídico en todos aquellos aspectos que inciden sobre los servicios².

6. Una vez considerada la capacidad transformadora de la Directiva de Servicios resulta conveniente determinar su impacto en el ordenamiento jurídico (III.1), tanto por lo que respecta a la propia normativa comunitaria europea como a los Derechos internos de los Estados miembros.

Pero para determinar el verdadero alcance transformador de la Directiva debe acudir a un análisis detallado de su ámbito de aplicación (III.2), lo cual no resulta sencillo dada su singular configuración que le dota de un carácter esencialmente expansiva, lo que obliga a señalar con precisión tanto las materias como los sujetos que quedan al margen de los efectos de la Directiva que, como se podrá comprobar, son bien escasos.

¹ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, DO L376 de 27.12.2006, p. 36.

² Una reflexión general sobre las consecuencias de la Directiva en este sentido puede encontrarse en L. PAREJO ALFONSO, «La desregulación de los servicios con motivo de la directiva Bolkenstein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, 2009, pags. 34-41. Una lectura coincidente en el diagnóstico de la situación, pero opuesta en su valoración se lleva a cabo por T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La larga marcha por la libertad de empresa», en VV.AA., *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, XXV Edición del Libro Marrón, Círculo de Empresarios, Madrid, 2009, pp. 161-184. También de este último puede verse uno de los trabajos pioneros sobre la Directiva de Servicios en T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 22, 2007, pp. 189-197.

II. El instrumento de transformación de los mercados europeos de servicios: una aproximación a la Directiva de Servicios

1. El significado de la Directiva de Servicios en la construcción de un mercado interior de servicios

7. La Directiva de Servicios constituye uno de los principales logros del frustrado programa de reformas contenido en la Estrategia de Lisboa que en el año 2000 se propuso hacer de la Unión Europea la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social, antes de que concluyera la década³.

La consecución de un verdadero mercado único de servicios figuraba desde un primer momento entre las reformas económicas para el logro de un mercado interior acabado y plenamente operativo, si bien hubo que esperar a la revisión de la Estrategia de Lisboa a mediados de la década para que se le diera el espaldarazo definitivo con el impulso y posterior aprobación la Directiva de Servicios⁴.

8. Hasta alcanzar este momento se recorrió un complejo camino en el que se desarrollaron distintos análisis y propuestas hasta perfilar a la Directiva de Servicios como remedio para las deficiencias del mercado interior de servicios⁵.

En efecto, en primer lugar, se llevó a cabo un profundo estudio por la Comisión sobre «El estado del mercado interior de servicios» (2002)⁶, que constató lo que era evidente, que después de diez años de lo que debiera haber sido la realización del mercado interior como consecuencia del Tratado de la Unión Europea, la prestación transfronteriza de servicios o el establecimiento en un Estado miembro distinto de aquel de origen resultaba poco menos que imposible. Los obstáculos afectaban (y afectan) a la mayoría de los servicios a la hora de acceder a su prestación, con o sin establecimiento, lo que se imputaba no tanto a restricciones directas impuestas por los Estados miembros sobre los prestadores de

³ La Estrategia de Lisboa se forja en las Conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Lisboa los días 23 y 24 de marzo de 2000, en las que se planteó para hacer frente a los cambios derivado de la mundialización y a los desafíos que plantea una nueva economía basada en el conocimiento. Se trata de una instrumento tan poco conocido en sus detalles como trascendental en la práctica pues prácticamente todas las grandes reformas que se han producido durante la última década (desde la reordenación de las telecomunicaciones, a la reestructuración de los servicios financieros, la reforma del derecho de sociedades y, por supuesto, la introducción de la administración electrónica) tienen su encaje en este ambicioso programa de reformas tanto económicas como sociales dentro de una estrategia positiva que pretende combinar competitividad y cohesión social.

Por lo que respecta a las reformas económicas se centran en preparar el paso a una economía competitiva, dinámica y basada en el conocimiento que debe ejercer como un poderoso motor para el crecimiento, la competitividad y el empleo, que mejore la calidad de vida de los ciudadanos y el medio ambiente. Dentro de éstas se distinguían cinco ejes: una sociedad de la información para todos; creación de una zona europea de investigación e innovación; creación de un entorno propicio para el inicio y el desarrollo de empresas innovadoras, PYME en particular; reformas económicas para el logro de un mercado interior acabado y plenamente operativo; mercados financieros eficaces e integrados; coordinación de las políticas macroeconómicas: saneamiento presupuestario, calidad y sostenibilidad de las finanzas públicas.

⁴ Vistos los escasos resultados de las reformas iniciales propuesta dentro de la Estrategia de Lisboa en 2000, se optó por una profunda revisión de la misma. De este modo las Conclusiones del Consejo Europeo de 22 y 23 de marzo de 2005 proponían una reactivación de la Estrategia de Lisboa mediante una asociación para el crecimiento y el empleo a partir de los siguientes ejes: conocimiento e innovación, motores de un crecimiento sostenible; un espacio atractivo para invertir y trabajar; el crecimiento y el empleo al servicio de la cohesión social. En concreto se propuso hacer que la Unión Europea fuese más atractiva para los inversores y los trabajadores: desarrollando el mercado interior, mejorando las reglamentaciones nacionales y la europea, garantizando mercados abiertos y competitivos tanto dentro como fuera de Europa y, por último, ampliando y mejorando las infraestructuras europeas.

⁵ Sobre la elaboración de la Directiva de Servicios *vid.* D. ENTRENA RUIZ, «La génesis de la Directiva sobre Liberalización de Servicios», en T. QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 41-82.

⁶ Informe presentado en el marco de la primera fase de la estrategia para el mercado interior de servicios COM(2002) 441 final, 30 de julio de 2002.

otros Estados cuanto a las barreras informativas (falta de información sobre los trámites, inexistencia de información traducida), el exceso de trámites administrativos (que afecta igualmente a los prestadores nacionales, aunque resulta más gravosa para los procedentes de otros Estados), a la inseguridad jurídica (la incertidumbre en cuanto a las condiciones del establecimiento o de la prestación, y por lo que respecta a las posibles actuaciones de las autoridades públicas) y a la desconfianza entre los Estados miembros (que se resisten a asumir las actuaciones que habilitan a la prestación llevadas a cabo por otros Estados, duplicando así los trámites).

Estas conclusiones pueden resultar sorprendentes dado que la libre circulación de servicios se había reconocido en los Tratados fundacionales desde los orígenes de la Comunidad. En efecto, en los artículos 49 y 56 TFUE se prohíbe de forma inequívoca toda restricción a la libertad de prestación de servicios y de establecimiento. Sin embargo, se han mostrado absolutamente ineficaces por la dificultad de tener que resolver caso por caso las infracciones contra los Estados miembros, así como por la deficiencia mostrada por las instituciones comunitaria ante una práctica tan generalizada en todos los Estados como difícil de erradicar por la existencia de exclusiones y excepciones a estas libertades por razones de interés general (seguridad nacional, orden público, salud) previstas en el propio Tratado.

Esto motivó que se optara por un instrumento legislativo transversal dirigido a todos los servicios (si bien con exclusión de algunos) que los somete a unas medidas comunes (sin desatender las particularidades de determinados servicios) para suprimir directamente las barreras que pudieran eliminarse e iniciar un proceso de aproximación en aquellas que pudieran permanecer. En realidad el contenido de la Directiva no es original ya que recoge en gran medida la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios, y complementa diversos instrumentos comunitarios en vigor sobre estas cuestiones que siguen siendo aplicables. La novedad se deriva del planteamiento sistemático de todas estas medidas para que sean asumidas por los Estados miembros en su configuración interna de la prestación de servicios. A lo que se añaden medidas complementarias como el establecimiento de ventanillas únicas para los prestadores de servicios, la implantación de procedimientos por vía electrónica y la cooperación administrativa.

9. Con este planteamiento se inició un largo y polémico proceso de tramitación de la Directiva de Servicios, en el que fue necesaria su aprobación en segunda lectura tras el rechazo del Parlamento Europeo a la propuesta inicial de la Comisión. Los aspectos más problemáticos fueron la inclusión indiscriminada de todos los servicios excluyendo únicamente a los no susceptibles de contraprestación económica y a determinados servicios sometidos a regímenes especiales (telecomunicaciones, electricidad, gas, etc.), lo que suponía someter bajo una misma norma servicios tan variados como los servicios sanitarios, los juegos de azar, los servicios de seguridad o el alquiler de vehículos. Otra de las cuestiones polémicas fue la inclusión de la llamada cláusula del país de origen que permitía aplicar a los prestadores de servicios las normas de su Estado de procedencia, independientemente del lugar en el que se prestaran o se recibiera el servicio –no para los trabajadores desplazados–, lo cual dejaba en manos de dicho país de origen la garantía del cumplimiento de todas las condiciones de prestación del servicio (requisitos de acceso, de calidad, etc.), lo que suscitaba problemas de “dumping” social y deslocalización⁷.

Finalmente la Directiva de Servicios fue aprobada a finales de 2006 y dispuso un plazo de transposición de tres años que concluyó el 28 de diciembre de 2009. Por razón de sus singulares características, el proceso de transposición se ha estructurado de forma específica para facilitar su cumplimiento por parte de los Estados miembros que han tenido que desarrollar un enorme esfuerzo cuyos resultados

⁷ Aunque finalmente desapareció del texto final de la Directiva, debe tenerse presente esta cuestión de la cláusula del país de origen en tanto puede ser un elemento recurrente en el proceso de integración comunitario. Esta cláusula ha admitido interpretaciones contrapuestas como la seguida (con unas consideraciones favorables) por A. ESTELLA DE NORIEGA, «El principio del “país de origen” en la propuesta de Directiva Bolkestein», en T. QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 173-199, y la opuesta (rechazando su introducción) por T. QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en el mercado interior», en T. QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 83-85.

están aún por comprobar. Se ha ensayado así una nueva metodología en el proceso de transposición mucho más exigente para los Estados miembros que si bien garantiza la incorporación del contenido a los Derecho interno igualmente limita en gran medida la autonomía de los Estados para escoger las medidas que consideren más adecuadas. Sin duda se trata de una experiencia que habrá de tener una gran repercusión en el futuro de la relación del Derecho comunitario con los Derechos internos de los Estados que están siendo progresivamente ahormados bajo un mismo modelo como consecuencia de la creciente limitación de su autonomía institucional y procedimental.

10. Conforme al mecanismo de transposición previsto en la propia Directiva, los Estados miembros han tenido que llevar a cabo una revisión completa de sus respectivos ordenamientos jurídicos para identificar todas las medidas que incidieran en la libre circulación de servicios, evaluar su compatibilidad con el contenido de la Directiva y, en su caso, proceder a su modificación. Asimismo han tenido que adoptar no sólo normas sino también otras medidas específicas (organizativas, procedimentales o prácticas) para introducir los nuevos mecanismos previstos en la Directiva para garantizar o impulsar la libertad de establecimiento y de prestación de servicios. En todo este proceso han contado con el apoyo y seguimiento estrecho por parte de la Comisión y sus resultados se han sometido posteriormente a una evaluación recíproca y a la supervisión de la propia Comisión.

Los Estados miembros han aprovechado este proceso para llevar a cabo una reforma más amplia del sector servicios y, muchos de ellos han aprobado a nivel interno leyes equivalentes a la Directiva de Servicios (en España la Ley Paraguas) completadas por otras modificaciones legales tanto de carácter transversal (Ley Omnibus) como puntual⁸.

2. La capacidad transformadora de la Directiva de Servicios: la singularidad de su objeto y de su contenido

11. La Directiva de Servicios establece las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los mismos, manteniendo un nivel elevado de calidad (art. 1).

La Directiva constituye un instrumento de impulso al mercado interior de servicios que pretende acabar con los innumerables obstáculos existentes en los Estados miembros que no han llegado a ser erradicados mediante la aplicación de las disposiciones contenidas en el Tratado relativas a la libertad de establecimiento y a la prestación de servicios a través de las fronteras.

12. Esta descripción no hace justicia a la capacidad transformadora de la Directiva, ya que pudiera pensarse que se trata de un enésimo instrumento de supresión de las barreras de a la libre circulación de servicios. En verdad no se limita a una integración negativa dirigida suprimir las restricciones a la libre circulación de servicios mediante su prohibición –ya que esta había sido la base de la fallida dinámica de las disposiciones del Tratado–, sino que introduce un proceso de evaluación, consulta y armonización complementaria para permitir modernizar de forma progresiva y coordinada la regulación nacional de los servicios. Se trata una integración positiva mediante la combinación equilibrada de medidas relativas a la supresión de requisitos innecesarios, la armonización selectiva, la cooperación administrativa y el estímulo para la elaboración de códigos de conducta. Este proceso, tanto en su dimensión negativa como

⁸ En el caso de España se optó por establecer un marco general a través de una norma transversal como es la llamada Ley Paraguas –Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio–, que es un trasunto del contenido de la Directiva si bien adaptado a las particulares de nuestra organización territorial del poder y de nuestro sistema administrativo. Esta norma marco ha sido completada a nivel estatal con la llamada Ley Ómnibus –Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio– que, al modo de las antiguas Leyes de Acompañamiento, modifica un gran número de Leyes para adaptarlas a la exigencias de la Directiva. También a nivel estatal se han tenido que llevar a cabo modificaciones de Leyes de forma específica, por su especiales implicaciones (como la Ley de Comercio), así como numerosos reglamentos. Este proceso ha sido replicado por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus propias competencias sobre los servicios y, asimismo, a nivel local.

positiva, no se desarrolla de forma indiscriminada con el único objetivo de superar las barreras a la libre prestación de servicios, sino que se tienen en cuenta otros objetivos de interés general como la seguridad pública, la salud, los derechos de los trabajadores, el medio ambiente y, en particular, la protección de los consumidores para lo que disponen medidas especiales para garantizar la seguridad y la calidad en la prestación de los servicios.

13. La fuerza de la Directiva de Servicios reside esencialmente en la amplitud de su objeto que alcanza con carácter general todas las actividades relacionadas con la prestación de servicios –ya se trate de servicios intermedios para empresas o servicios finales para consumidores–, a partir una proyección horizontal –en la que no se distinguen sectores concretos–, y sobre la base de un planteamiento global –que parte de la inclusión de todos los servicios en general, para excluir posteriormente algunos de ellos–⁹.

Se trata, sin duda, de una singularidad dentro de los instrumentos de construcción del mercado interior ya que la práctica hasta el momento había sido centrarse en categorías concretas (de bienes, de servicios) para garantizar las libertades de circulación. Al abarcar con carácter general todos los servicios y dejar al margen sólo categorías muy concretas la Directiva se extiende por un sin fin de actividades de servicios que resulta difícil de enumerar y que, consideradas en su conjunto, presentan un carácter estratégico esencial¹⁰.

El ámbito de aplicación fue una de las cuestiones más conflictivas durante su tramitación. Esto se debe a que se trata de un ámbito que por razón de la naturaleza horizontal de la Directiva, incluye un enorme y variado catálogo de servicios que quedan sometidos a una misma disciplina. La trascendencia que implica en la ordenación de los servicios de que se trate el quedar sometido al régimen de la Directiva ha motivado que el alcance de este ámbito de aplicación sea igualmente discutida incluso una vez aprobada.

14. Otro elemento característico del potencial de la Directiva de Servicios es su contenido para alcanzar una plena libertad de establecimiento y de prestación de servicios a través de las fronteras. Para conseguirlo, la Directiva pretende simplificar procedimientos, eliminar obstáculos a las actividades de servicios y promover tanto la confianza recíproca entre Estados miembros como la confianza de los prestadores y los consumidores en el mercado interior.

15. En primer lugar, se establecen unas medidas para la simplificación administrativa (Capítulo II) con el objetivo de superar las dificultades en el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio derivadas de la complejidad, extensión e inseguridad de los procedimientos administrativos. Se trata de una manera de suprimir barreras sutiles que no impiden directamente a los prestadores el establecimiento en otros Estados ni la prestación transfronteriza de servicios pero disuade de hacerlo, en particular a las PYMES. Por ello se disponen medidas como que los Estados miembros reduzcan trámites administrativos innecesarios y agilicen procedimientos, que establezcan “ventanillas

⁹ Sobre las características del objeto de la Directiva de Servicios *vid.* T. QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en el mercado interior», en T. QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 85-98.

¹⁰ Así ocurre con la distribución comercial de bienes, las profesiones reguladas (asesoría jurídica o fiscal, arquitectura, ingeniería, contabilidad, topografía, peritaje), la artesanía, los servicios prestados a empresas (limpieza, vigilancia y seguridad, organización de eventos, cobro de deudas, publicidad, consultoría en gestión y organización empresarial), la distribución comercial (incluyendo el comercio mayorista y el minorista), los servicios en el ámbito del turismo (por ejemplo, las agencias de viajes), los servicios de ocio (centros deportivos, parques de ocio), los servicios en el área de la instalación y mantenimiento de equipos, los servicios relacionados con la información (creación y gestión de páginas en internet, agencias de noticias, editoriales), las actividades de consultoría y programación informática, la hostelería (restaurantes, hoteles, cafeterías, bares), servicios en el ámbito de la formación y la educación, los servicios de alquiler y arrendamiento con opción de compra, los servicios inmobiliarios, los servicios al hogar (limpieza, jardinería, reparaciones), los servicios de certificación, etc.

únicas” que actúen como interlocutores de los prestadores de servicios, que permitan la tramitación de los procedimientos a distancia y por medios electrónicos, y que la información sobre procedimientos y requisitos nacionales resulte fácilmente accesible para los prestadores y los destinatarios de los servicios.

16. El núcleo de la Directiva lo constituyen las medidas dirigidas a garantizar la libertad de establecimiento de los prestadores (Capítulo III) y la libre circulación de servicios (Capítulo IV), que siguen regímenes jurídicos distintos en tanto la prestación del servicio tenga lugar con o sin establecimiento por parte del prestador.

17. La distinción entre uno y otro supuesto se deduce de la existencia de una sede física-económica para el desarrollo de su actividad¹¹, o más genéricamente cuando existe estabilidad y continuidad en la participación en la vida del Estado miembro en el que se desarrolle su actividad¹². La Directiva apunta a este último criterio conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que aprecia el carácter temporal de las actividades de que se trate, no solo en función de la duración de la prestación, sino también en función de su frecuencia, periodicidad o continuidad (considerando 77).

La Directiva se dirige a garantizar el libre establecimiento de los prestadores de servicios. A este respecto interviene directamente sobre los procedimientos de autorización dispuestos a nivel nacional.

La Directiva exige que los Estados reconsideren la necesidad de mantener dichas autorizaciones para inicio de la prestación de servicios con establecimiento, con lo que se manifiesta que la presencia de autorizaciones se considera una excepción. En el caso de que se mantengan las autorizaciones se establecen los parámetros que han de cumplir en todos los Estados miembros para garantizar en la mayor medida posible la libertad de establecimiento.

En cuanto a las condiciones para su concesión se parte de que las autorizaciones han de ser no discriminatorias, y deben estar justificadas por una razón imperiosa de interés general, sin que puedan ir más allá de lo que resulte necesario. Asimismo las condiciones de los procedimientos de autorización han de ser claras e inequívocas, objetivas, transparentes y accesibles, y publicadas con antelación. En todo caso estas condiciones no deben duplicarse, por lo quedan excluidos los requisitos y controles equivalentes o comparables en lo esencial por su finalidad a los que ya esté sometido el prestador en el mismo o en otro Estado miembro.

La Directiva se refiere a la duración y al alcance territorial de las autorizaciones. Se plantea así la supresión (o al menos la minimización) de las limitaciones a la duración de las autorizaciones para garantizar las estrategias a largo plazo, así como las restricciones a una parte del territorio. También dispone que la limitación del número de autorizaciones disponibles por parte de los Estados miembros sólo resulta admisible si se debe a la escasez de recursos naturales o de las capacidades técnicas existentes, o si está justificada por una razón imperiosa de interés general. Por lo demás, los procedimientos de otorgamiento de las autorizaciones deben basarse en normas objetivas y transparentes para garantizar que las solicitudes se tramiten de manera imparcial, evitando así que estos procedimientos resulten disuasorios, compliquen o retrasen indebidamente la prestación del servicio.

Junto a estas condiciones generales de las autorizaciones, la Directiva también se refiere a su contenido estableciendo una serie de requisitos prohibidos y otros a reconsiderar para sustituirlos por otros menos restrictivos.

En cuanto a los requisitos prohibidos constituyen obstáculos insalvables para el establecimiento de los prestadores de servicios. Por esta razón se prohíbe que para la obtención de las au-

¹¹ Así los distinguen A. L. CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Intervenciones del Estado y libre competencia*, Colex, Madrid, 2001 pp.102-103, quienes afirman que mediante la libertad de establecimiento (art. 43-48 TCE) se accede a un actividad económica independiente mediante la fijación de una instalación o sede física-económica en otro Estado miembro, mientras que la libre prestación de servicios (art. 49-55 TCE) consiste en el acceso y ejercicio a un actividad económica independiente pero sin la fijación de una instalación o sede física-económica en otro Estado miembros

¹² En el caso de que no exista tal estabilidad y continuidad, se aplicaría las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios (sentencia de 21 de junio de 1974, *Reyners*, 2/74, apartado 21; sentencia de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard* C-55/94, apartado 25; sentencia de 17 de junio de 1997, *Sodemare*, C-70/95, apartado 24).

torizaciones los Estados miembros exijan los siguientes requisitos: los requisitos basados directa o indirectamente en la nacionalidad, los requisitos que limiten el establecimiento de prestadores de servicios a un único Estado miembro, los requisitos que limiten la capacidad de elección del prestador de servicios entre un establecimiento principal y otro secundario, las condiciones de reciprocidad, las pruebas económicas, la intervención de competidores en las decisiones de las autoridades competentes, las obligaciones de obtener avales financieros o contratar seguros de operadores establecidos en el mismo Estado miembro, y las obligaciones de haber estado inscrito previamente en el territorio nacional o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio.

Otros requisitos constituyen un obstáculo grave a la libertad de establecimiento por lo que se plantea su reconsideración por parte de los Estados miembros. Son los límites cuantitativos o territoriales, la obligación de que el prestador de servicios adopte una forma jurídica particular, los requisitos relativos a la posesión de capital de una sociedad, los requisitos que dan lugar a la reserva de la prestación de ciertos servicios a determinados prestadores, la prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional, las obligaciones de disponer de un número mínimo de empleados, las obligaciones de aplicar tarifas mínimas o máximas fijas, la obligación de que el prestador realice, junto con su servicio, otros servicios específicos.

18. La libre circulación de servicios a través de las fronteras exige que los Estados miembros garanticen el libre acceso a la actividades de servicios y su libre ejercicio en su territorio. Como se ha señalado anteriormente se trata de todos aquellos supuestos en los que tiene lugar una prestación de servicios en otro Estado miembro distinto de aquel de origen sin establecimiento.

Se pretenden eliminar los requisitos dispuestos por los Estados miembros directamente para los prestadores establecidos en otros Estados miembros y que pueden dificultar la prestación transfronteriza de servicios. Por lo tanto, la Directiva no pretende en este punto que los Estados miembros revisen sus regímenes de autorizaciones y que supriman o modifiquen los requisitos incompatibles sino que se limiten a no aplicar determinados requisitos a los prestadores establecidos en otros Estados miembros.

El alcance de las medidas dispuestas en la Directiva para la libertad de prestación transfronteriza de servicios puede parecer así muy limitada. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que al establecer una serie de principios y requisitos que deben cumplirse con respecto a los prestadores establecidos en otro Estado miembros, estos terminan extendiéndose a toda configuración del régimen para el acceso y el ejercicio de las actividades de servicios. En efecto, la Directiva no impide que los Estados puedan mantener los requisitos que prohíbe aplicar a los prestadores de otros Estados a aquellos que están establecidos en ellos, pero esto resulta evidentemente poco probable.

Por lo tanto las prohibiciones y principios que se disponen en la Directiva con respecto al tratamiento de los prestadores de otros Estados se puede entender referido a la ordenación misma del acceso y ejercicio de las actividades de servicios.

Como carácter general se propicia una desregulación general de la prestación de servicios ya que prohíbe que los Estados miembros supediten el acceso o el ejercicio de una actividad de servicios a requisitos que no estén justificados para la protección del orden público, la seguridad pública, la salud pública, o el medio ambiente, sin que puedan invocarse otros objetivos de interés general.

La configuración desde las instancias comunitarias de los regímenes nacionales de la prestación de servicios se completa con los principios que han de cumplir los requisitos exigidos para la prestación de servicios que deben ser no discriminatorios y proporcionales. Como ejemplo, la Directiva enumera una serie de requisitos que incumplen dichas exigencias: la obligación de disponer de establecimiento en el territorio en el que se presta el servicio, la obligación de obtener una autorización o de inscribirse en un registro, la prohibición de establecer una infraestructura, la aplicación de regímenes contractuales particulares entre el prestador y el destinatario que restrinja la prestación de servicios por trabajadores por cuenta propia, la obligación de poseer un documento de identidad específico, los requisitos que afectan al uso de equipos o las restricciones aplicadas a los destinatarios.

Este régimen no se aplica absolutamente a todas las actividades de servicios incluidas en la Directiva sino que se modula con respecto a determinadas materias o servicios, si bien estas excepciones se

interpretan de forma restrictiva. Se trata de excepciones generales –que son numerosas y variadas¹³– y excepciones que permiten en casos muy excepcionales por razón de seguridad determinados requisitos incluso a prestadores concretos.

Por último, el régimen de la prestación de servicios en los Estados miembros previsto en la Directiva se completa con las obligaciones relativas a los destinatarios de los servicios. En efecto, la Directiva no se limita a facilitar la libertad de los operadores para prestarlos, sino que se ocupa igualmente de garantizar a los destinatarios el ejercicio sin problemas de su libertad para recibirlos.

La Directiva pretende reforzar los derechos de los destinatarios de los servicios y, en particular, de los consumidores, tanto para que puedan acceder sin restricciones ni discriminaciones como para que puedan defender sus intereses en caso de conflicto. Con esta intención se disponen medidas para suprimir los obstáculos con que se encuentran los destinatarios que desean utilizar servicios prestados por prestadores establecidos en otros Estados miembros, así como para abolir los requisitos discriminatorios basados en la nacionalidad o la residencia de los propios destinatarios. Asimismo se garantiza el acceso de los destinatarios a información general sobre los requisitos que han de cumplir los prestadores de otros Estados miembros para que puedan tomar adecuadamente sus decisiones en la decisión de optar por un determinado prestador de servicios.

19. Las garantías a la libre prestación de servicios dispuestas por la Directiva se complementan con un conjunto de medidas encaminadas a promover una elevada calidad de los servicios y a fomentar la información y la transparencia sobre los prestadores y sus servicios.

Con esta política sobre calidad de los servicios se pretende garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior y la competitividad de la economía de los servicios en Europa, lo que afecta esencialmente a los destinatarios de los servicios y, en especial, a los consumidores. El fomento de la información y la transparencia permite a los consumidores tomar mejores decisiones informadas, sobre todo en lo que respecta a los servicios de prestadores establecidos en otros Estados miembros. Asimismo la transparencia contribuye a la creación de un terreno de juego nivelado entre los prestadores de servicios de los diferentes Estados miembros.

Las medidas de calidad de los servicios contenidos en la Directiva afectan aspectos tan dispares como la información sobre los prestadores y sus servicios, el régimen de seguros y garantías, de las comunicaciones, de la calidad (en sentido estricto), de los litigios y de los códigos de conducta.

En primer lugar, los Estados deben adoptar disposiciones para garantizar el cumplimiento por parte de los prestadores de ciertas obligaciones, como la de facilitar información, o la de responder de inmediato a las reclamaciones y hacer cuanto sea posible para resolver litigios. En el terreno de la responsabilidad profesional y las garantías, los Estados miembros pueden imponer la imposición de requisitos a los prestadores establecidos en su territorio.

En segundo lugar, los Estados miembros deben evitar la duplicación de las obligaciones de suscripción de seguros, suprimir las prohibiciones totales de realizar comunicaciones comerciales en el caso de las profesiones reguladas y las restricciones relativas a las actividades multidisciplinares y re-

¹³ Entre las materias y servicios exceptuados con carácter general se encuentran: los servicios de interés económico general; las materias que abarca la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores; las materias a las que se refiere la Directiva 95/46/CE relativa al tratamiento de datos personales; las materias a las que se refiere la Directiva 77/249/CEE, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados; la actividad de cobro de deudas por vía judicial; las materias a las que se refiere el título II de la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, incluidos los requisitos nacionales por los que se reserva una actividad a una determinada profesión regulada; las materias a las que se refiere el Reglamento (CEE) no 1408/71 relativo a la coordinación de regímenes de seguridad social; materias a las que se refiere la Directiva 2004/38/CE relativa a los trámites administrativos que conciernen a la libre circulación de personas y a su residencia; los requisitos de visado o de permiso de residencia impuestos a ciudadanos de terceros países; las materias a las que se refiere el Reglamento (CEE) no 259/93 relativo al traslado de residuos; los derechos de propiedad intelectual; actos para los que se exige por ley la intervención de un notario; materias que abarca la Directiva 2006/43/CE sobre auditorías legales; la matriculación de vehículos objeto de un arrendamiento financiero (“leasing”) en otro Estado miembro; y las disposiciones aplicables a las obligaciones contractuales y extracontractuales determinadas de conformidad con las normas del Derecho internacional privado.

conocer las garantías económicas.

Por último, los Estados miembros deben adoptar ciertas medidas positivas para alentar a los prestadores a poner en práctica medidas voluntarias de apoyo a la calidad.

20. La falta de cooperación administrativa ha sido una de las razones principales que han impedido hasta ahora el buen funcionamiento del mercado interior de servicios. La escasa confianza en el marco jurídico y en la supervisión de otros Estados miembros ha dado lugar a una multiplicación de normas y a la duplicación de controles de las actividades transfronterizas. Por este motivo, la Directiva establece la una clara obligación de cooperar con las autoridades competentes de los demás Estados Miembros.

La cooperación administrativa se basa esencialmente en la obligación general de los Estados miembros de prestarse asistencia recíproca. Con el fin de asegurar una adecuada cooperación entre los Estados se introducen mecanismos como la creación de puntos de contacto a nivel nacional y de un sistema de información del mercado interior (IMI).

En todo caso la mayoría de los supuestos de asistencia recíproca consisten en intercambio de información. Por ello se disponen obligaciones específicas para que este intercambio de información entre las autoridades competentes de otros Estados miembros debe ser rápido y no burocrático, para los que se establecen condiciones tanto para los requerimientos de información como para su respuesta (plazos, concreción, etc.). El intercambio de información puede referirse a la fiabilidad del prestador de servicios a partir de las sanciones penales y administrativas impuestas relacionadas con la prestación de servicios. Asimismo las solicitudes de información pueden exigir la realización de controles, inspecciones o investigaciones.

21. El contenido de la Directiva de Servicios se cierra con un mecanismo específico para su transposición y aplicación de su contenido.

La Directiva obliga a los Estados miembros a revisar su legislación en relación con varios aspectos contemplados en la misma. En particular por lo que respecta a los regímenes de autorización y ciertos requisitos relacionados con el establecimiento, así como a los requisitos que aplican a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro que prestan servicios en su territorio.

Tras el proceso de revisión interna, los Estados han de informar a la Comisión de los resultados de su revisión y, a partir de sus resultados, se exige establece un proceso de evaluación recíproca que garantice la transparencia y la revisión por pares.

III. Alcance y límites del proceso de transformación de los mercados de servicios europeos

1. La incidencia de la Directiva de Servicios en el ordenamiento jurídico

22. La Directiva de Servicios constituye un poderoso instrumento para la transformación de los mercados de servicios tanto por su objeto como por su contenido.

La Directiva establece un marco jurídico general para la mayoría de las actividades de servicios que se extiende a la totalidad de su regulación por parte de los Estados miembros. En efecto, la Directiva no se limita a las condiciones de establecimiento para la prestación de servicios o al acceso a dicha actividad, sino que se extiende también a las condiciones de desarrollo por los prestadores (duración, calidad), e, incluso, a cuestiones derivadas de dicho ejercicio (responsabilidad).

Además, se trata de un marco jurídico general que no dispone un modelo acabado de ordenación de las actividades de servicios para los Estados miembros que hubiera sido de imposible implementación por las particularidades tanto de los propios Estados como de los servicios que se regulan. Por el contrario prima su contenido proscriptivo mediante el que se establece una serie de prohibiciones y limitaciones a los Estados miembros que les hace coincidir, con todas sus variaciones, en la configuración de un modelo de mínimos consecuencia de la desregulación a la que se les obliga.

Por lo demás, el alcance de la Directiva no se limita a las normas de los Estados miembros de carácter público relativas a la ordenación de las actividades de prestación de servicios sino que incide, asimismo, en la normativa de carácter privado relativa a las relaciones entre particulares, de tal modo que las condiciones establecidos por los Estados no disuada a los posibles prestadores ni disminuyan los derechos de los destinatarios.

Conforme a estas características, la Directiva cuenta con un enorme potencial para incidir en la ordenación de los Estados miembros que se han visto obligados a llevar a cabo una revisión completa de sus respectivos ordenamientos jurídicos para adaptarlos a sus exigencias. El alcance de la Directiva es enorme alcance y su carácter expansivo le hace interactuar con una enorme variedad de normas tanto a nivel comunitario como interno e, incluso, a nivel internacional.

A) Su relación con las demás disposiciones del Derecho comunitario

23. Por lo que respecta a su encaje en el Derecho comunitario debe tenerse en cuenta su ajuste al Derecho originario así como su relación con el resto del Derecho derivado.

24. La Directiva de Servicios es conforme a lo establecido en el Tratado, en concreto por lo que se refiere a la libertad de prestación de servicios y de establecimiento que pretende impulsar y profundizar. Por lo tanto los Estados miembros han de aplicar su contenido de acuerdo con las normas del Tratado por las que se rigen el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios (art. 3.3), y, asimismo, han de respetar los principios que el Tribunal de Justicia ha desarrollado sobre la base de la aplicación de las mismas.

Este marco general compuesto por el Tratado y la jurisprudencia comunitaria sigue rigiendo para todas las actividades de servicios, en particular, para aquellas excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva, y es garantizado por la Comisión que ejerce como guardiana del Tratado y asiste a los Estados miembros en esta tarea.

25. Por lo que respecta a las normas de Derecho derivado, en tanto el contenido de la Directiva incide en un gran número de normas y actos comunitarios esta misma previene los posibles conflictos previendo excepciones a la aplicación de determinadas disposiciones a lo largo de su articulado y, con carácter general, a través de un mecanismo de resolución de conflictos previsto en el artículo 3.1.

Conforme a este último, si surge un conflicto entre una disposición de la Directiva y una disposición de otro acto comunitario relativo a aspectos concretos relacionados con el acceso a la actividad de un servicio o su ejercicio en sectores concretos o en relación con profesiones concretas, estas otras normas primarán y se aplicarán a esos sectores o profesiones concretos¹⁴.

El conflicto entre la Directiva de servicios y una disposición de otro instrumento comunitario debe ser real y efectivo. El mero hecho de que se incluyan normas sobre aspectos específicos de un determinado servicio en otro instrumento comunitario no basta para concluir que exista un conflicto con una disposición de la Directiva, por lo que sólo se puede dejar de aplicar una disposición de ésta cuando se demuestre que existe una contradicción entre normas específicas de los dos instrumentos¹⁵. Esta evaluación ha de basarse en una interpretación exhaustiva de las disposiciones en cuestión, de conformidad con su fundamento jurídico y con las libertades fundamentales consagradas en los artículos 43 y 49 del Tratado CE.

En caso de que exista un verdadero conflicto normativo, la Directiva se configura como una norma de aplicación general que únicamente cede ante las normas comunitarias de carácter especial que regulen cualquiera de los aspectos relacionados con su contenido.

26. En esta primacía de la normativa especial destacan las normas de Derecho internacional priva-

¹⁴ La propia Directiva enumera algunas de estas normas de aplicación preferente como son: Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios /Diario Oficial nº L 018 de 21/01/1997 p. 0001-0006); el Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad; Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (Diario Oficial nº L 298 de 17/10/1989 p. 0023-0030); Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005 relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (Diario Oficial nº L 255/22 de 30/9/2005).

¹⁵ Así lo afirma la Comisión en su Manual de Transposición, p. 21.

do, que vienen a completar la ordenación de las actividades de prestación de servicios en su dimensión privada. La ordenación de las relaciones contractuales entre el prestador y el cliente no son, en principio, objeto de la Directiva, y en la medida que puedan verse afectadas, en el caso de que existiese un conflicto con lo dispuesto por las normas del Derecho Internacional Privado se someterán preferentemente a éstas (art. 3.2).

Debe tenerse en cuenta que se trata de las normas de Derecho Internacional Privado contenidas en la normativa comunitaria, por lo que todas las normas dispuestas a nivel nacional a este respecto se someten plenamente a las disposiciones de la Directiva.

En tanto pudieran verse afectas por las disposiciones de la Directiva ésta reconoce específicamente la preferencia de las normativa comunitaria que se refiere a la legislación aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales –Convenio de Roma (Reglamentos Roma I y Roma II)–, incluidas las que garanticen que los consumidores se beneficien de la protección que les conceden las normas de protección del consumidor establecidas en la legislación pertinente vigente en su Estado miembro (art. 3.2).

Con esta última mención se pretende que la Directiva no afecte a las medidas en desarrollo de la política comunitaria sobre protección de consumidores, a la que precisamente dedica un Título específico en el entendido de que las garantías de los destinatarios de los servicios constituyen un elemento esencial para facilitar la libre circulación de servicios.

Además de este criterio de preferencia, las normas comunitarias de Derecho Internacional Privado se benefician, en virtud del artículo 17.5, de la derogación específica de las exigencias de la libre prestación transfronteriza de servicios contenidas en el artículo 16 de la Directiva que impide a los Estados imponer requisitos o medidas que no estén justificadas por razones de orden público, la seguridad pública, la salud pública, o el medio ambiente. Tal excepción es aplicable a todas las normas de Derecho internacional privado, incluidas las que, como ocurre en el artículo 5 del Convenio de Roma, establecen que, en casos específicos relativos a los consumidores, la legislación aplicable será la de su Estado de residencia habitual.

En todo caso, estos supuestos se refiere a las normas de Derecho internacional privado entendidas en sentido estricto que determinan las disposiciones de Derecho privado se aplican a una relación contractual o extracontractual, incluida la existente entre un prestador de servicios y un consumidor. Todas las demás normas que no se refieran a estas cuestiones deben adecuarse a lo dispuesto en la Directiva de Servicios¹⁶.

Por último, por lo que se refiere a las resolución de los conflictos interprivatos, la Directiva de no afecta a la jurisdicción de los tribunales, cuestión que se encuentra regulada por el Reglamento comunitario relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la aplicación de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹⁷.

B) Su relación con la normativa internacional y con la normativa interna de los Estados miembros

27. En tanto el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios se ciñe a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro, quedan excluidos los prestadores de terceros Estados que no se encuentren establecidos en la Unión Europea.

Como se podrá comprobar más adelante, el establecimiento en un Estado miembro a efectos de la aplicación de la normativa comunitaria sobre libre circulación de servicios se determina a través de la constitución de una persona jurídica conforme a la legislación de dicho Estado y con el consiguiente desarrollo de actividad en el mismo. A este respecto la Directiva no incide sobre la normativa sobre constitución de sociedades ni sobre el tratamiento a tal efecto de las sociedades de terceros Estados, que compete a los Estados miembros de acuerdo a la normativa comunitaria al respecto.

¹⁶ La Comisión se afana en establecer esta distinción en su Manual de Transposición de la Directiva (p. 20) cuando afirmar que la determinación de si pueden aplicarse o no las normas del Estado miembro de residencia habitual del consumidor, distintas de las normas de Derecho privado, a un prestador de servicios concreto no corresponde al Derecho internacional privado, sino a la Directiva de Servicios y, en particular, a su artículo 16.

¹⁷ Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 12 de 16.1.2001, p. 1).

Por lo tanto, los prestadores de servicios de terceros Estados no se benefician del mercado interior de servicios en tanto no encuentren válidamente constituidos en uno de los Estados miembros. A partir de ésta podrían ejercer su libertad de establecimiento dentro de la UE así como la libre prestación de servicios a través de las fronteras de la UE sin que se les pudiese exigir a tal efecto su constitución en el Estado en el que pretendan establecerse o prestar sus servicios.

De este modo puede afirmarse que, en principio, la Directiva de Servicios no afecta al comercio internacional de servicios que queda así excluido de su ámbito de aplicación. La propia Directiva se encarga de aclarar que no afecta a las negociaciones en organizaciones internacionales sobre comercio de servicios, en particular, en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (considerando 16).

28. Por lo que respecta a la normativa interna de los Estados miembros resulta evidente que ésta debe adaptarse plenamente a su contenido. Dicha adaptación obliga al Estado miembros en su conjunto, tanto a escala nacional, regional o local, independientemente del reparto de competencias con respecto a la ordenación de los servicios.

El objetivo de la Directiva es precisamente eliminar los obstáculos dispuestos por los Estados miembros, así como desarrollar un proceso de armonización selectiva que homogeneice la regulaciones nacionales de los servicios incluidos.

Sin embargo, en tanto la Directiva abarca un gran número de servicios e incide de forma genérica y completa sobre su ordenación por los Estados miembros, resulta relevante las limitaciones a su propio alcance.

Al establece su objeto, la Directiva se ocupa de señalar expresamente determinadas materias que se encuentran fuera del mismo y que se refieren a cuestiones que, o bien son competencia exclusiva de los Estados miembros o bien constituyen opciones políticas que van más allá de la simple apertura del sector servicios.

Con respecto a estas últimas la Directiva manifiesta que no pretende liberalizar actividades, privatizar entidades o suprimir monopolios nacionales ni afecta a los requisitos para acceder a fondos públicos de los prestadores de servicios (art. 1.2 y 1.3). Asimismo la Directiva manifiesta expresamente que no afecta a las medidas adoptadas a escala comunitaria o nacional, respetando el Derecho comunitario, para fomentar la diversidad cultural y lingüística y garantizar la defensa del pluralismo de los medios de comunicación (artículo 1.4); tampoco al Derecho Penal de los Estados miembros, sin que pueda emplearse tampoco para restringir la libre prestación de servicios (art. 1.5)¹⁸; ni se refiere al Derecho Laboral y ni a la normativa sobre seguridad social (art. 1.6)¹⁹; y, respeta asimismo los derechos fundamentales tal y como se reconocen en los Estados miembros y el Derecho comunitario (art. 1.7).

Esta declaración voluntarista de respetar todos estos ámbitos contrasta con la realidad del contenido de la Directiva que, en gran medida, habrá de incidir sobre todo ellos. Por lo tanto, el contenido del artículo 1 puede tomarse, si acaso, como un principio general de interpretación en caso de incidencia en algunos de las materia que mencionan.

Como se puede comprobar en su proceso de transformación, el contenido de la Directiva esta permeando en los ordenamientos nacionales mucho más allá de las normas que regulan las actividades de servicios. Otras muchas que afectan a cuestiones conexas (colegios profesionales, etc.) también han sido modificadas.

Este era un efecto buscado en la Directiva, y así se demuestra cuando ella misma trata de con-

¹⁸ A este respecto debe tenerse en cuenta que si un régimen autorización para el establecimiento en un determinado Estado o para la prestación de servicios en el mismo es contrario a la Directiva por ser discriminatorio o desproporcionado, lógicamente dicho Estado no podrá mantenerlo tampoco por la vía de la imposición de una sanción penal en caso de incumplimiento de ese régimen de autorización.

¹⁹ Al no existir un concepto común del Derecho Laboral, el propio artículo 1.6 lo define como tal cualquier disposición legal o contractual relativa a las condiciones de empleo o de trabajo, incluida la salud y seguridad en el trabajo, o las relaciones entre empleadores y trabajadores. Se incluyen aquí todas las normas que abordan las condiciones de empleo específicas de los trabajadores y la relación entre éstos y sus empleadores, así como la normativa sobre salarios, tiempo de trabajo, vacaciones anuales y cualesquiera obligaciones contractuales entre el empleador y sus empleados.

tener su *vis expansiva* al señalar algunas materias que aunque pudieran verse afectadas pretende dejar al margen como es el caso de las normas relativas al tráfico rodado, a la ordenación del territorio y el urbanismo, y demás normativa complementaria (considerando 9).

2. La fuerza expansiva de la Directiva de Servicios: su ámbito de aplicación

A) Los servicios afectados por la Directiva de Servicios: determinación de su ámbito objetivo de aplicación

29. Una de las características más relevantes de la Directiva de Servicios es precisamente la dimensión objetiva de su ámbito de aplicación ya que abarca la práctica totalidad del mercado de servicios.

Este planteamiento presenta una indiscutible eficacia para la construcción de un verdadero mercado único de servicios a través de la supresión de barreras y de la armonización de las medidas dispuestas a nivel nacional. Pero, igualmente, plantea serios problemas a la hora de determinar los escasos servicios excluidos de su alcance así como las posibilidades de intervención que restan a los Estados miembros en cada una de las categorías de servicios.

Estas características se proyectan esencialmente en su artículo 2 que establece su ámbito de aplicación afirmando sin más que la Directiva se aplica «a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro». Al margen de la referencia al sujeto prestador —que será analizada más adelante en tanto se refiere a la dimensión subjetiva—, el objeto de la Directiva son todos y cada uno de los servicios prestados en el ámbito de la Unión, si bien introduce a renglón seguido una serie de exclusiones.

30. Antes de entrar a considerar las actividades excluidas, conviene reparar en la fuerza expansiva que le confiere a la Directiva una cláusula que parte de la inclusión indiscriminada de todas las actividades de servicio, independientemente de que posteriormente queden fuera categorías enteras. Por defecto, todo servicio queda incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva y sometido a las exigencias de supresión de obstáculos y de armonización que contiene²⁰.

Ante este trance el propio concepto de servicio resulta controvertido ya que se trata de un término tan conocido como difícil de acotar. La definición técnica, económica o legal de servicio no siempre coinciden, por lo que resulta imprescindible una precisión de la misma que evite posibles controversias al respecto. El propio legislador comunitario fue consciente de esta circunstancia por lo que entre las definiciones que incorpora en el artículo 4 de la Directiva, comienza señalando como servicio «*cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado*».

Esta definición debe entenderse conforme a lo dispuesto en el artículo 57 TFUE, que como Derecho originario condiciona la definición de la Directiva, que caracteriza los servicios como «*prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración* —de donde deduce que son actividades económicas—, *en la medida que no se rija por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías* —es decir, que no se trate de compraventa de bienes—, *de capitales* —que no se trate de inversiones financieras ni de flujos bancarios— *y personas* —que no se trate de prestaciones por cuenta ajena—». A

²⁰ La propia Directiva señala (en su considerando 33) el alcance de este concepto que incluye actividades enormemente variadas y en constante evolución, que incluye aquellos destinados tanto a empresas como a consumidores, y entre los que se encuentran algunos que requieren una proximidad entre prestador y destinatario o que pueden prestarse a distancia. Incluso se entretiene en enumerar algunos de ellos: entre los servicios destinados a las empresas, distingue los servicios de asesoramiento sobre gestión, servicios de certificación y de ensayo, de mantenimiento, de mantenimiento de oficinas, servicios de publicidad o relacionados con la contratación de personal o los servicios de agentes comerciales; entre aquellos destinados tanto a las empresas como a los consumidores, enumera los servicios de asesoramiento jurídico o fiscal, los servicios relacionados con los inmuebles, como las agencias inmobiliarias, o con la construcción, incluidos los servicios de arquitectos, la distribución, la organización de ferias o el alquiler de vehículos y las agencias de viajes; y como servicios destinados a los consumidores señala los relacionados con el turismo, los servicios recreativos, los centros deportivos y los parques de atracciones, etc.

lo que añade una enumeración con carácter no exhaustivo: actividades de carácter industrial, actividades de carácter mercantil, actividades artesanales, actividades propias de las profesiones liberales.

También debe tenerse en cuenta que esta definición del artículo 57 TFUE ha sido especificada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en términos muy amplios y abarca «toda actividad económica independiente», exista o no contrato que la justifique y con independencia del carácter de dicho contrato²¹. En cuanto a esta última cuestión relativa a la desvinculación del contrato permite señalar el rechazo a un concepto formal de contrato ya que se opta por su caracterización a partir de la naturaleza de la actividad al margen de su articulación jurídica, sin necesidad de que se encuentre formalizada mediante un contrato, e independientemente de la calificación de dicho contrato en el caso de que existiese.

La definición del artículo 4 de la Directiva es, sin duda, más completa aunque no más precisa pues confunde más aclara, ya que ninguno de sus elementos resulta definitivo. En esta definición se sobreentiende que quedan excluidas de estas actividades económicas aquellas dirigidas a la producción de bienes, ya que se trata de la primera y principal de sus características²².

31. A partir de esta primera delimitación se facilitan tres elementos distintivos con carácter acumulativo: su condición de actividad económica, su desarrollo por cuenta ajena y prestación a cambio de una remuneración.

a) El que se afirme que se trata de una actividad económica puede resultar sorprendente toda vez que se trata de uno de los factores productivos del mercado interior. En efecto, pudiera pensarse que se trata de un oxímoron, ya que los servicios constituyen prestaciones dirigidas a satisfacer necesidades por lo que, en este sentido tiene connaturalmente carácter económico. Sin embargo, esta referencia no es simplemente retórica ya que se tiene presente que existen servicios que se encuentran privados de su carácter venal ya sea por decisión individual de aquel que lo presta que lo hace como liberalidad (un favor, un acto de caridad, una afición), o ya sea por una decisión colectiva institucionalizada por que se asume su coste (los denominados genéricamente servicios públicos gratuitos o servicios de interés general en la terminología comunitaria).

Estas actividades que constituyen verdaderos servicios, pero que no se consideran como tales a efectos de la Directiva –y, en general, del mercado único– no son marginales. Las primeras, se distinguen por desarrollarse sin contraprestación alguna en absoluto y entre las mismas se encuentran las desarrolladas por órdenes religiosas, organizaciones sin ánimo de lucro, o, en otro orden, el deporte aficionado.

En el caso de las segundas, sólo quedan excluidos los denominados servicios de interés general, y no los servicios económicos de interés general²³. En estos puede existir contraprestación pero su coste es asumido por el Estado. Pero debe tenerse en cuenta que el hecho de se trate de actividades que reciben una financiación pública o que son prestadas por entidades públicas no determina que dejen de ser ser-

²¹ Sentencia de 26 de abril de 1988, *Bond van Adverteerders*, 352/85; sentencia de 25 de julio de 1991, *Comisión contra Reino de los Países Bajos*, asunto C-353/89; sentencia de 13 de febrero de 1985, *Françoise Gravier contra Ville de Liège*, 293/83; sentencia de 18 junio 1991, asunto C-260/89 *ERT*. A modo de ejemplo A. CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.* pp.108-115, señalan, a partir de la jurisprudencia del Tribunal, la transmisión de imágenes, la publicidad, actividades financiera de bancos y empresas de seguros, la actividades de intermediación, trabajos prestados a entes públicos, transportes y viajes, organización de juegos y loterías, etc.

²² A este respecto debe notarse la dificultad que plantea el concepto de servicios, ya que, más que definirlos en positivo siempre se identifican a partir de una construcción en negativo por exclusión de todo lo que no sea las actividades producción de bienes.

²³ Se trata de una distinción desarrollada a nivel comunitaria equivalente a la que a nivel interno existe grosso modo, entre los servicios públicos económicos (energía –electricidad, gas, hidrocarburos–, transportes, telecomunicaciones, servicios postales) y los servicios públicos de solidaridad (educación, sanidad y servicios sociales). En el ámbito comunitario se denominan respectivamente servicios de interés general (a secas, aunque a veces se le añade la denominación de «no económicos») y servicios económicos de interés general. La Directiva excluye genéricamente los primeros en el artículo 2.2 a) en la medida que no se presta por una contrapartida económica (considerando 17), mientras que en caso de los segundo, éstos quedan excluidos de forma expresa cada uno de ellos (transporte, comunicaciones electrónicas, etc.). Asimismo, se subraya en la Directiva que no se pretende la liberalización de os servicios de interés económico general (art. 1.2) ni pretende abolir los monopolios prestadores de servicios ni las ayudas concedidas por los Estados miembros conforme a las normas comunitaria, ya que respeta la definición que hagan los Estados de estos servicios, así como el modo de organizarlos y financiarlos (art. 1.3).

vicios, sino que debe atenderse a todas sus características, y, en particular, a la forma en que se prestan, organizan y financian. Con respecto a éstas, el Tribunal de Justicia ha desarrollado una doctrina casuística en la que reconoce como característica de estas actividades la falta de remuneración. Así ocurre las actividades que realizan los Estados sin contrapartida económica, o en nombre del Estado en el marco de sus obligaciones en los ámbitos social, cultural, educativo y judicial, así como en desarrollo del sistema educativo nacional o en la gestión de la seguridad social.

b) El segundo de los elementos distintivos de los servicios conforme a la definición del artículo 4 de la Directiva es que se trata de actividades realizadas por cuenta ajena.

Se trata de lo que el Tribunal de Justicia²⁴ ha definido como el carácter independiente de la actividad que es característica de los servicios. Esto supone que se trata de una actividad ejercida de forma autónoma y por cuenta propia, lo que resulta relevante para determinar su distinción con respecto a las actividades asalariadas, esto es, la prestación de trabajo por cuenta ajena que implicaría el régimen de la libre circulación de trabajadores dispuesta en el Capítulo 1 del Título IV del Tratado.

c) Por último, la definición del artículo 4 de la Directiva apunta a que se trate de actividades prestadas a cambio de una remuneración. Esta cuestión se encuentra directamente conectada con el carácter de actividad económica de los servicios ya que, precisamente, la existencia de una remuneración determina dicha carácter.

La exigencia de remuneración en el servicio es un elemento habitual de la relación, que existe cuando se aprecia una «ganancia económica e las prestación del servicios», según el TJCE, por lo que debe tratarse de una actividad económica independiente y lucrativa. Dicha remuneración está presente siempre que exista una contraprestación pecuniaria como cuando se produce una remuneración indirecta (por ejemplo, la publicidad transfronteriza), y cuando existe una remuneración en especie (por ejemplo, en los supuestos de intercambio de servicios entre empresas), sin que en ningún caso resulte relevante la cuantía ya que se considera igualmente por mínima que ésta sea.

Profundizando en lo señalado anteriormente con respecto a la caracterización de los servicios como actividad económica, debe tenerse en cuenta que lo verdaderamente relevante no es la presencia de una remuneración. Lo verdaderamente determinante es la existencia de una intención lucrativa, tal y como lo manifiesta indirectamente el propio Tratado en el que equipara las personas jurídicas a las personas físicas a efectos del derecho de establecimiento, independientemente de su naturaleza, si bien únicamente exige que se persigan ánimo de lucro (art. 54 *in fine* TFUE)²⁵. Conforme a estos planteamientos, el Tribunal de Justicia excluye de la aplicación de las libertades comunitarias relativas a los servicios todos los casos en los que la actividad se prestase sin *animus lucrandi*, ni directo ni indirecto, es decir sin ánimo de obtener ganancia económica alguna por parte del prestador, y por lo tanto, sin que exista remuneración.

32. Conforme a su original planteamiento maximalista, la Directiva parte de la inclusión de todos los servicios para excluir puntualmente determinadas categorías en el artículo 2.2. El carácter expansivo de esta fórmula es notable, ya que las exclusiones no son precisas ni completas, lo que hace difícil su interpretación.

La primera de las exclusiones pone de manifiesto esta circunstancia ya que se dispone que la Directiva no se aplicará a «los servicios de interés general» (art. 2.2 a). Como se ha señalado, se trata de un concepto elaborado a nivel comunitario que por primera vez se refleja en una norma comunitaria y con el que se identifica todos aquellos servicios sin contraprestación económica.

En segundo lugar quedan excluidos determinados servicios que responden a un objeto específico y que lo son por encontrarse sometidos a una normativa comunitaria específica. Sus particularidades y la trascendencia social y económica que revisten motivan que se lleve a cabo un tratamiento diferenciado. Es el caso de los servicios financieros (apartado b), los servicios de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (apartado c), los servicios en el ámbito del transporte (apartado d).

En tercer lugar se distinguen servicios que tienen una especial trascendencia para el orden inter-

²⁴ Sentencia de 12 de diciembre de 1974, *Walrave*, asunto 36/74.

²⁵ El artículo 54 TFUE equipara a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro a las personas físicas nacionales a efectos de la aplicación del derecho de establecimiento, entendiéndose por tales «las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo».

no de los Estados miembros y la dignidad de sus ciudadanos. Ya se trate servicios relacionados con el orden público, público, como son los servicios de seguridad privado (apartado k); o se trate de servicios relacionados con la salud y el bienestar de sus ciudadanos, como son los servicios de las empresas de trabajo temporal (apartado e), los servicios sanitarios en su totalidad (apartado f) y los servicios sociales parcialmente (apartado j). Debe tenerse en cuenta que todos estos últimos servicios quedan excluidos cuando son prestados sin contraprestación como parte de los servicios de interés general.

Un cuarto grupo hace referencia a servicios que constituyen monopolio público ya sean legales o económicos. Es el caso de los servicios audiovisuales, que constituye una actividad que si bien es prestada por sujetos privados se encuentra reservada al Estado en todos los países para garantizar del derecho a la libre comunicación y el pluralismo político. Otro tanto ocurre con las actividades de juego por dinero, que son dejadas en manos de los Estados que encuentran en éstas capacidad recaudatoria.

Por último se encuentran los servicios vinculados con el ejercicio de la autoridad pública, que abarca toda la actividad de las Administraciones Públicas y demás entidades públicas en el ejercicio de potestades (apartado j), así como la de sujetos privados que desempeñan funciones públicas como son los servicios prestados por notario y agentes judiciales designados por acto oficial de la Administración (apartado l).

B) Los sujetos afectados por la Directiva de Servicios: determinación de su ámbito subjetivo de aplicación

33. La Directiva de Servicios se aplica, conforme a lo establecido en su artículo 2, «a los servicios prestados por “prestadores” establecidos en un Estado miembro». Por lo tanto, en la determinación de su ámbito de aplicación, la dimensión subjetiva (los prestadores) complementa a la objetiva (los servicios) analizada en el apartado precedente. En esta se exigen dos condiciones, que se trate de prestadores y que se encuentren establecidos en un Estado miembro.

Al igual que sucede con el término «servicios», el de prestador adquiere un significado específico en el contexto de la Directiva que es conforme al establecido en el Derecho originario. Se definen los prestadores como cualquier persona física con la nacionalidad de un Estado miembro o cualquier persona jurídica de las contempladas en el artículo 54 TFUE y establecida en un Estado miembro, que ofrezca o preste un servicio (art. 4.2).

Debe subrayarse que el concepto de «prestador» no se limita únicamente a los casos en que el servicio se presta a través de las fronteras en el marco de la libre circulación de servicios, sino que también incluye los casos en que un operador se establece en un Estado miembro para desarrollar en él actividades de servicios.

a) Las personas físicas prestadoras de servicios

34. Las personas físicas prestadores de servicios a las que se aplica la Directiva son únicamente los ciudadanos de la UE, esto es, toda persona que tenga nacionalidad de un Estado miembro (art. 4.1). Por lo tanto quedan excluidos los sujetos nacionales de terceros Estados independientemente de los derechos que en virtud de las propias disposiciones comunitarias pudiera tener reconocidos como residentes.

Aunque no se especifique en la definición de las personas físicas como prestadoras de servicios establecida en el artículo 4.2, se presupone que la persona física de que se trata debe encontrarse establecida en un Estado miembro, ya que el artículo 2.1 señala explícitamente que la Directiva se aplica a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro.

Sin perjuicio de las matizaciones que se realizarán más adelante sobre el concepto de establecimiento en un Estado miembro, éste será efectivo cuando se preste un servicio por una duración indeterminada y por medio de una infraestructura estable (art. 4.5).

35. En el tratamiento de las personas físicas como prestadoras de servicios rige evidentemente el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad del Estado miembro reconocido en el artículo 18 TFUE, por lo que en los Estados miembros anfitriones en los que éstas presten sus servicios no puede disponerse medidas adicionales que puedan obstaculizar su establecimiento o la prestación transfronteriza de los servicios por razón de su nacionalidad europea de origen.

Este principio se concreta en el contenido de la Directiva con el establecimiento de unas exigencias

comunes a todos los Estados miembros en la ordenación de las actividades de servicios prestadas por nacionales de otros Estados miembros sin que se prevea la posibilidad de un tratamiento asimétrico por razón del país de origen del prestador. Esto significa que se garantiza un tratamiento uniforme y común para todos los prestadores físicos de servicios independientemente de su nacionalidad y, por extensión, del Estado miembro donde tenga su establecimiento. Se proscriben así todas las medidas nacionales que de modo directo o indirecto pudieran suponer un tratamiento diferenciado de los prestadores de otros Estados miembros, independientemente de la fiabilidad que pudieran ofrecer los prestadores de determinados Estados²⁶.

b) Las personas jurídicas prestadoras de servicios

36. Las personas jurídicas prestadoras de servicios a las que se les aplica la Directiva de Servicios son aquellas contempladas en el artículo 54 TFUE y establecidas en un Estado miembro que ofrezcan o presten servicios (art. 4.2).

37. Si bien la Directiva emplea un término amplio como el de personas jurídicas, remite al artículo 54 TFUE que hace referencia a sociedades. Esto no debe conducir a equívocos ya que el concepto “sociedades” debe entenderse en sentido amplio, tal y como señala el propio artículo 54 TFUE, con lo que pretende evitar que una interpretación formalista que pueda resultar restrictiva de la libertad de establecimiento. Se entiende así por sociedades, las del Derecho civil o mercantil, incluso las cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado. Se puede comprobar así cómo se huye del criterio formal de constitución de la persona jurídica para atender al elemento material que es la existencia de personalidad jurídica que le permite ser centro de imputación de derechos y obligaciones, independientemente de forma concreta que adopte.

Así lo señala la propia Directiva que equipara el concepto sociedades al de persona jurídica, y subraya que se deja libertad para que los operadores elijan la forma jurídica que consideren más conveniente para realizar su actividad, ya que estas incluyen todas las entidades constituidas en virtud de la legislación del Estado miembro, o que se rigen por la misma, independientemente de su forma jurídica (considerando 38).

Quedan excluidas de la libertad de establecimiento las sociedades (personas jurídicas) que no persigan un fin lucrativo en coherencia con la propia definición de servicios que presupone la existencia de una actividad económica, como se ha podido comprobar con anterioridad.

En todo caso, las sociedades deben estar válidamente constituidas de conformidad con la legislación de alguno de los Estados miembros, independientemente de la forma jurídica adoptada y del Estado de que se trate. No se prejuzgan así las exigencias establecidas por cada uno de los Estados miembros con respecto a la creación de personas jurídicas –siempre que se cumpla la normativa comunitaria al respecto²⁷–, por lo que son consideradas sociedades a los efectos de la libre prestación de servicios.

38. Estas sociedades deben estar radicadas en términos jurídicos, organizativos o económicos la UE. Esto significa que su sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión, tal y como señala el artículo 54 TFUE. No existe, por tanto, una exigencia de vinculación entre el Estado de constitución de la sociedad y aquél o aquellos donde tenga su organización y desarrolle su actividad, ya que podría darse que una sociedad constituida en un determinado Estado (España, por ejemplo), tenga su infraestructura organizativa en otro (Francia) y su principal actividad se

²⁶ Esta medida resulta relevante en tanto subsisten las reticencias hacia los prestadores procedentes de ciertos Estados (por lo general, aquellos de última adhesión –de los países del Rumanía, Bulgaria, etc.), no sólo entre los destinatarios de los servicios (que evidentemente podrán optar por el que consideren más conveniente) sino entre las autoridades nacionales que si bien pueden considerar de distinta forma a los prestadores de uno u otros Estados (un fontanero polaco frente a uno francés que se desplaza a Alemania a prestar sus servicios, por utilizar un conocido ejemplo), no podrán dispensarles un tratamiento diferente.

²⁷ Entre otras la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, y la Undécima Directiva 89/666/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado

desarrolle en un tercero (Italia). Esto concuerda con la prohibición establecida en el Derecho originario de las restricciones relativas a la apertura de agencia, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembros (art. 49 TFUE).

Sin embargo, sí resulta relevante a efectos de la Directiva cual sea el Estado miembro de establecimiento, en concreto para determinar los sujetos obligados por las disposiciones de la misma. Por esta razón se define como tal el Estado en cuyo territorio tenga el establecimiento el prestador del servicio de que se trate, entendiendo por establecimiento el ejercicio efectivo de una actividad económica no asalariada considerada servicio por una duración indeterminada y por medio de una infraestructura estable a partir de la cual se lleva a cabo efectivamente la prestación de la misma (artículo 4.4 y 4.5 de la Directiva).

Una vez más se aplica un criterio material para determinar el Estado de establecimiento atendiendo al lugar donde se desarrolla una actividad económica de forma permanente a través de un emplazamiento físico de carácter fijo, independientemente de la vinculación formal que pueda tener el prestador con otros Estados.

Este criterio material para determinar el lugar de establecimiento de los prestadores de servicios se incorpora a la Directiva a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (considerando 37), según la cual el concepto de establecimiento implica el ejercicio efectivo de una actividad económica a través de una infraestructura fija durante un período indefinido.

39. Por lo tanto son dos los elementos determinantes del emplazamiento: la duración indeterminada de la actividad y su desarrollo desde una infraestructura fija.

En cuanto a la duración de la actividad se entiende, en principio que debe ser indeterminada. Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria también ha tenido ocasión de referirse a otros supuestos que asimila al establecimiento, como cuando se constituye una empresa por un plazo determinado o cuando la empresa arrienda el edificio o las instalaciones desde donde ejerce su actividad. También se considera establecimiento cuando el Estado miembro concede autorizaciones únicamente durante un período limitado en relación con un servicio en particular.

Por lo que se refiere a la infraestructura fija, esta no depende de la forma jurídica que se adopten a tal efecto. Por ello cabe que se adopte la forma de filial, sucursal o agencia, aunque también puede consistir en una oficina dirigida por el propio personal del prestador o por una persona que sea independiente pero autorizada a actuar de manera permanente por la empresa, como sería el caso con una agencia. Lo verdaderamente determinante es que exista una infraestructura fija desde la que se presta efectivamente el servicio. Se exige así el ejercicio efectivo de una actividad económica en el lugar de establecimiento, por lo que una simple dirección postal no constituye un establecimiento.

40. Un prestador puede tener varios lugares de establecimiento, lo que puede complicar determinar el lugar de establecimiento desde el que se presta un determinado servicio a los efectos de considerar las obligaciones de la Directiva. En este sentido, para determinar desde qué lugar de establecimiento se presta efectivamente el servicio en cuestión, debe considerarse que este es el lugar en el que el prestador tiene el centro de sus actividades relacionadas con ese servicio en particular.

41. Por último, debe tenerse en cuenta este criterio para determinar el Estado de establecimiento de las personas jurídicas prestadoras de servicios se refiere exclusivamente a las sociedades válidamente constituidas en la Unión. Por lo tanto no cabe considerar que una sociedad de un tercer Estado que cuente con sucursales o agencias en un Estado miembro pueda considerarse establecida en el mismo por desarrollar en éste actividad económica a través de una infraestructura durante un período indefinido.

Aunque una sociedad extracomunitaria desarrolle su actividad dentro de la UE, incluso a través de una organización estable y con carácter indefinido, no se beneficia de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios reconocida por el Tratado y garantizada por la Directiva. En efecto, no se consideran prestadores de servicios a efectos de la Directiva (tal y como señala en su considerando 36), las meras sucursales de sociedades de terceros países en un Estado miembro, ya que conforme al artículo 54 TFUE solo disfrutan de las libertades de establecimiento y circulación de servicios las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad.

c) Los destinatarios de los servicios

42. Se definen los «destinatarios» como cualquier persona física con la nacionalidad de un Estado miembro o que se beneficie de los derechos concedidos a estas por los actos comunitarios, o cualquier persona jurídica de las contempladas en el artículo 54 TFUE y establecida en un Estado miembro, que utilice o desee utilizar un servicio con fines profesionales o de otro tipo (art. 4.3).

43. La noción de destinatario empleada por la Directiva es más amplia que la de servicios por lo que respecta a las personas físicas, ya que abarca a los nacionales de terceros países que ya se benefician de derechos reconocidos en la normativa comunitaria²⁸. Además, los Estados miembros pueden hacer extensivo el concepto de destinatario a otros nacionales de terceros países presentes en su territorio.

44. Por lo que respecta a tanto a las personas físicas como jurídicas destinatarias de los servicios, deben encontrarse establecidas en uno de los Estados miembros. Así se manifiesta expresamente en el caso de las personas jurídicas y se sobreentiende para el caso de las personas físicas conforme al propio contenido las disposiciones de la Directiva carecerían de sentido.

Así, si existen obstáculos a la prestación transfronteriza de servicios dirigidos a los destinatarios estos se adoptarán lógicamente por el país donde éstos tengan su residencia para propiciar el consumo de los prestadores nacionales. No obstante pudieran existir restricciones en los Estados desde donde se presta el servicio para su prestación transfronteriza (para asegurar el control, la fiscalidad, etc.). En estos casos, si el destinatario fuese un ciudadano comunitario que reside en un Estado miembro se beneficiaría de las disposiciones de la Directiva, pero no ocurriría así si se encontrara residiendo en un tercer Estado.

Aunque no existe una exigencia explícita de que las personas físicas destinatarias de los servicios residan dentro de la UE, el objeto de la Directiva se limita al mercado interior, por lo que quedaría excluida cualquier transacción con terceros países.

²⁸ Reglamento (CEE) nº 1408/71 o la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; el Reglamento (CE) nº 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) no 1408/71 y del Reglamento (CEE) no 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas; la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros