

INFORME PN 0003/08 ACTIVIDADES DE SERVICIOS

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL LIBRE ACCESO Y EJERCICIO DE LAS ACTIVIDADES DE SERVICIOS

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), vista la solicitud presentada por el Vicepresidente Segundo del Gobierno, que obró entrada en esta Comisión el pasado 21 de octubre, en relación con el *Anteproyecto de Ley sobre el Libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios*, ha aprobado el presente informe. Dicho informe se adopta en ejercicio de las competencias consultivas en relación con proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia, que le atribuye el artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

I. ANTECEDENTES

I.1 El proceso de adopción y transposición de la Directiva de Servicios

La Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, es una norma comunitaria dictada en aras de la consecución del objetivo del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de crear un mercado común en Europa basado en la libertad de circulación de personas, bienes, servicios y capitales.

Además, la consolidación del mercado interior en estos cuatro ámbitos se considera imprescindible para alcanzar el objetivo fijado para el año 2010 en el Consejo Europeo de Lisboa del año 2000: conseguir que la economía europea se convierta en la más dinámica y competitiva del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social.

La relevancia de los servicios como motor de crecimiento en el seno de la Unión Europea es clara, si se tiene en cuenta que representan el sector productivo más importante tanto en términos de PIB como de empleo en la mayoría de los Estados miembros. Sin embargo, tan sólo el 20% del comercio intracomunitario está constituido por los servicios. Ello es debido a que aún existen importantes barreras a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios lo que ha ocasionado que el mercado interior de servicios se encuentre en una fase de desarrollo muy retrasada en comparación con la evolución observada en cuanto a la libre circulación de bienes, personas o capitales.

La necesidad de establecer un marco general para el acceso y ejercicio de los servicios a nivel comunitario quedó confirmada en el informe de la Comisión Europea sobre “El estado del mercado interior de servicios” del año 2002, que cita entre los principales obstáculos al desarrollo de los servicios entre los Estados miembros:

- los derivados del exceso de trámites administrativos y de la inseguridad jurídica que rodea a las actividades transfronterizas por la coexistencia de legislación nacional, regional y local sobre la materia, y
- los provenientes de la falta de confianza recíproca entre los Estados miembros y de la existencia de actitudes proteccionistas.

Este informe consideró que, en materia de prestación de servicios, la plena evolución del mercado interior había de suponer, por un lado, la libertad de establecimiento de los operadores de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro y, por otro, la libertad de prestación de servicios de las empresas en el seno de la Unión sin obligación de establecerse en el Estado miembro donde se presta el servicio.

Teniendo presentes dichos fines, se consideró de vital importancia la eliminación de las barreras jurídicas existentes para la consecución del mercado interior a través de la aprobación de una Directiva relativa a los servicios en el mercado interior.

La propuesta de Directiva fue aprobada el 13 de enero de 2004 por el Colegio de Comisarios y fue tramitada por el procedimiento de codecisión. El 15 de noviembre de 2006 el Parlamento se pronunció en segunda lectura, sin modificación sustancial de la posición común, y el Consejo adoptó definitivamente la Directiva el 11 de diciembre de 2006, que deberá ser transpuesta por los Estados miembros antes del 28 de diciembre de 2009.

El Anteproyecto sometido a informe constituye precisamente la transposición formal de esta Directiva. Sin embargo, este proceso de transposición no se agota con el presente Anteproyecto, sino que continúa con la adecuación del actual marco normativo de los servicios a lo establecido en la Directiva en todos los ámbitos sectoriales y territoriales relevantes.

I.2 Contenido del Anteproyecto

La Directiva de Servicios propone cuatro objetivos principales para conseguir un verdadero mercado interior de servicios:

- facilitar la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios en la UE;
- reforzar los derechos de los destinatarios de los servicios en su calidad de usuarios de dichos servicios;
- fomentar la calidad de los servicios; y
- establecer una cooperación administrativa efectiva entre los Estados miembros.

En cumplimiento de los fines de la Directiva, se proponen en el Anteproyecto objeto de análisis fundamentalmente medidas encaminadas a consolidar los principios

regulatorios compatibles con el libre establecimiento y prestación de servicios que permitan la eliminación de los obstáculos jurídicos y administrativos al desarrollo de estas actividades, y a conseguir la simplificación de los procedimientos administrativos, todo ello en aras de una mejor calidad de los servicios y una mayor protección de los derechos de los consumidores y usuarios.

El Anteproyecto consta de un total de 31 artículos, agrupados en seis capítulos, cinco disposiciones adicionales, una disposición transitoria única, una disposición derogatoria única y cinco disposiciones finales.

El capítulo I -“Disposiciones Generales”- concreta el objeto de la Ley, su ámbito de aplicación y define algunos conceptos que son importantes para su comprensión.

De acuerdo con la Exposición de Motivos del Anteproyecto, el objeto de la Ley es establecer las disposiciones necesarias para facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios, simplificando los procedimientos y fomentando, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios. La Ley se aplica a los servicios que son ofrecidos o prestados en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea. Es importante destacar que la Ley se refiere únicamente a aquellos servicios que se realizan por una contrapartida económica. Los servicios no económicos de interés general no están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios.

El capítulo II -“Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios”- detalla la regulación de prestación de servicios con establecimiento, siendo de aplicación a todos los casos en que un prestador quiera establecerse en España. Este capítulo consagra el principio de libertad de establecimiento, según el cual los prestadores de servicios españoles o de cualquier otro Estado miembro o los legalmente residentes en España podrán establecerse libremente en territorio español para ejercer una actividad de servicios de acuerdo con lo establecido en esta Ley. La Ley establece un principio general según el cual el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio no estarán sujetos a un régimen de autorización. Únicamente podrán mantenerse regímenes de autorización previa cuando no sean discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general y sean proporcionados.

El capítulo III -“Libre prestación de servicios para prestadores de otro Estado miembro”- pretende suprimir los obstáculos que se oponen a la libre circulación de los servicios por parte de los prestadores sin establecimiento en el Estado miembro donde los prestan.

El capítulo establece el principio de libre prestación de servicios en territorio español para los prestadores establecidos en cualquier otro Estado miembro. También se enumeran determinados requisitos cuya imposición se prohíbe. Como excepción, se establece que se pueda supeditar el acceso de estos prestadores a una actividad de servicios o su ejercicio temporal en territorio español al cumplimiento de determinados

requisitos cuando éstos no sean discriminatorios por razón de la nacionalidad o domicilio social; estén justificados por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente; y sean proporcionados.

El capítulo IV –“Simplificación administrativa”- incluye varios preceptos dirigidos a la simplificación de los procedimientos. En concreto, las Administraciones Públicas deberán eliminar los procedimientos y trámites que no sean necesarios o sustituirlos por alternativas que resulten menos gravosas para los prestadores.

De igual manera, las Administraciones relevantes deberán aceptar documentos de otros Estados miembros que acrediten que los requisitos impuestos se han satisfecho, sin que sea exigible la presentación de documentos originales, copias compulsadas o traducciones juradas, salvo en los casos previstos por la normativa comunitaria o justificados por motivos de orden público y seguridad.

Adicionalmente, se pone en marcha un sistema de ventanilla única a través de la cual los prestadores podrán llevar a cabo en un único punto, por vía electrónica y a distancia, todos los procedimientos y trámites necesarios para el acceso y ejercicio de una actividad de servicios lo que reducirá la carga que los procedimientos suponen tanto para los prestadores de servicios como para las autoridades públicas.

Por su parte, el capítulo V –“Política de calidad de los servicios”- incluye las líneas de actuación en torno a las cuales las Administraciones Públicas fomentarán un alto nivel de calidad de los servicios, así como las obligaciones de los prestadores, tanto respecto a la información que deben proveer como en materia de reclamaciones. Destaca en este capítulo la garantía de libertad de las comunicaciones comerciales en las profesiones reguladas, que sólo podrá limitarse en justificación de su necesidad, proporcionalidad y no discriminación; así como la garantía de la posibilidad de ejercicio multidisciplinar de actividades de servicios por parte de un solo prestador.

Finalmente, el capítulo VI –“Cooperación administrativa para el control efectivo de los prestadores”- está dirigido a facilitar una cooperación eficaz con las autoridades de los Estados miembros. Esta cooperación es muy importante en la medida en que el refuerzo de la confianza en el marco jurídico y en la supervisión de otros Estados miembros es necesaria para la eliminación de trabas a la libre prestación de servicios.

Así, este capítulo configura la estructura del sistema de cooperación, así los parámetros generales de cooperación, entre los que destacan el hecho de que la cooperación debe realizarse de manera directa entre autoridades competentes, así como la previsión de la capacidad de consulta de las autoridades competentes de otros Estados miembros a los registros en los que están inscritos prestadores de servicios.

Finalmente, el texto contiene cinco disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria, y cinco disposiciones finales. En particular, la disposición derogatoria y las finales establecen importantes previsiones de cara a la vigencia del Anteproyecto una vez se apruebe como Ley (diferiendo los Capítulos relativos a la Libre prestación de

servicios y al libre establecimiento hasta el 27 de diciembre de 2009), y previendo precisamente que tal fecha es el límite en que acaba la fecha en que acabará el proceso de modificación de la normativa vigente. Asimismo, también se determina el principio de responsabilidad de cada Administración competente en relación con las sanciones que en sede comunitaria se pudiesen derivar para el Reino de España en caso de incumplimiento de la futura Ley, o del derecho comunitario afectado.

II. VALORACIÓN DEL ANTEPROYECTO

II.1 Valoración general

Desde la CNC se participa del enfoque ambicioso del que hace gala el presente Anteproyecto de Ley, al tener como fin, en palabras de su Exposición de Motivos, el “impulsar la mejora de la regulación del sector servicios, reduciendo las trabas injustificadas o desproporcionadas al ejercicio de una actividad de servicios y proporcionando un entorno más favorable y transparente a los agentes económicos que incentive la creación de empresas y genere ganancias en eficiencia, productividad y empleo en las actividades de servicios, además del incremento de la variedad y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos”. En efecto, el espíritu y los objetivos que pretende alcanzar el Anteproyecto en los mercados de servicios coinciden en gran medida con los objetivos propios de la CNC de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados, fines que, a juicio de este Consejo, quedan reflejados, en términos generales, en el texto dispositivo.

En relación con el contenido del Anteproyecto, si bien las medidas destinadas a facilitar la reducción de cargas administrativas pueden favorecer un avance importante en el desarrollo de las actividades de servicios en el mercado interior, son las previsiones sobre libre establecimiento y libre circulación de prestadores de servicios las que desde el punto de vista de la competencia tienen mayor interés. Esto es así porque dichas medidas tienen una proyección que excede el objetivo prioritario a nivel comunitario de crear un verdadero mercado único de servicios. En efecto, al suprimirse obstáculos regulatorios a la competencia efectiva en los mercados que no resultan justificados, afecten o no a personas o empresas de otros Estados miembros, se están eliminando ineficiencias indeseables, que repercuten negativamente en el grado de competencia de los mercados nacionales, y, por ende, en el desarrollo económico y empresarial y en la productividad.

Precisamente este mensaje de eliminación de restricciones regulatorias ha sido trasladado por la CNC al sector público, en el reciente documento “Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación más eficiente y favorecedora de la competencia”, publicado en junio de 2008. Este informe establece una serie de principios como son los principios de necesidad y proporcionalidad, mínima distorsión de la competencia, eficacia, transparencia, y predecibilidad que, en opinión de esta Comisión, deben siempre informar la práctica regulatoria desde una perspectiva de

promoción de competencia. Muchos de estos principios son precisamente también los que debe caracterizar la regulación del acceso y prestación de servicios según el Anteproyecto sometido a examen.

A la hora de valorar debidamente la capacidad del presente Anteproyecto de impulsar y catalizar la mejora de la eficiencia en los mercados de servicios en España, debe partirse del hecho de que la futura aprobación del presente Anteproyecto constituye un primer estadio en ese ejercicio, si bien su importancia, al asentar los principios generales de la libre prestación de servicios y el libre establecimiento, excede al mero hecho jurídico-formal de incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva.

Hay que tener en cuenta que el Anteproyecto se inserta en un contexto más amplio de revisión general del marco jurídico español de los servicios para su adaptación a las exigencias de la Directiva de Servicios. La transposición supone un primer paso que debe dar lugar a una secuencia de modificaciones normativas, en la que cobran particular importancia la eliminación de obstáculos y restricciones a la libre circulación y al libre establecimiento impuestas por vía normativa. Así, la primera medida del éxito de la transposición de la Directiva radicará no tanto en la incorporación del Anteproyecto al ordenamiento jurídico, sino en el compromiso de que el ulterior proceso de revisión normativa acabe cumpliendo efectivamente las previsiones de ésta para alcanzar los objetivos perseguidos.

En este sentido, el presente Anteproyecto, y su mencionada vocación ambiciosa, ha de resultar necesariamente valioso en la señalización de los estándares a emplear en la adaptación de la normativa vigente. Existen varios ejemplos que pueden ilustrar dicho carácter, y evidencian la voluntad del Anteproyecto de incluso superar las implicaciones de la propia Directiva de Servicios. Por ejemplo, en el texto se hace referencia al carácter excepcional –y sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones- de la instauración de regímenes de autorización para el acceso y el ejercicio de las actividades de servicios en España. Hacer uso de esta excepcionalidad exige justificar debidamente los motivos y beneficios inherentes a la instauración o perpetuación de dichos regímenes, de manera que se evite la posibilidad de que dicho ejercicio se vacíe de contenido mediante remisiones vagas a motivos de interés general.

Otro de estos ejemplos es la rotundidad que emplea al establecer que con carácter general no serán posibles los regímenes de autorización (art. 5), o al determinar que, en caso de que existan tales regímenes, el principio general es que no habrá limitaciones en el número de autorizaciones, éstas se otorgarán por tiempo indefinido y para todo el territorio nacional. Otro caso es en relación con la libre prestación de servicios para prestadores de otros Estados miembros, a propósito de la cual el Anteproyecto, en su art. 12.3, resalta de nuevo el carácter excepcional de cualquier limitación en este sentido, cuestión que queda más abierta en el art. 16 de la Directiva.

De cualquier manera, el carácter ambicioso del proceso vendrá verdaderamente derivado no sólo del contenido del presente Anteproyecto, sino también del ejercicio de adecuación normativa que a partir de aquél se realice.

No debe resultar accesorio insistir en la oportunidad que se presenta a las autoridades competentes, no ya de adecuar su normativa a las prescripciones comunitarias, sino también de mejorar la calidad del marco regulatorio en sentido amplio. Es evidente que la revisión general del marco jurídico del sector servicios es una tarea que supone un gran esfuerzo en tiempo y en recursos humanos y materiales, y que además no se realiza frecuentemente. Por ello, y ya que es imperativo hacerlo en este momento, debe aprovecharse el proceso para obtener el máximo rendimiento del mismo. Así, sería recomendable que la filosofía liberalizadora presente tanto en el Anteproyecto como en la Directiva trascienda su estricto ámbito de aplicación para que el mismo espíritu informe determinados aspectos relativos al acceso y ejercicio a las actividades de servicios que no quedan directamente afectados por la misma, al ser objeto de regulación particularizada.

En consecuencia, debería aprovecharse este proceso para eliminar restricciones innecesarias al desarrollo del mercado de servicios en España, yendo más allá de los objetivos comunitarios allí donde resulte posible, y alcanzando así un marco jurídico renovado y eficiente, con normas que demuestren ser necesarias, proporcionales, predecibles y transparentes.

Debe tenerse en cuenta además que la fase de evaluación del ordenamiento jurídico no se agota a nivel nacional. Tal y como establece el artículo 39 de la Directiva, a partir de finales de diciembre de 2009 se abrirá la fase de evaluación recíproca entre los Estados miembros. Esta evaluación se realizará sobre la presentación de determinados informes¹, a partir de los cuales los Estados miembros podrán exponer el grado de satisfacción que presenta el proceso de transposición que han llevado a cabo los restantes Estados. De esta manera, se asegura que no existan disparidades de criterio en la interpretación y aplicación de las obligaciones previstas en la Directiva. Sin duda, el hecho de que sean los propios Estados miembros los que puedan evaluar los posibles obstáculos al mercado interior de servicios existentes en otros Estados, constituye un sistema de contrapesos que viene a reforzar tanto el nivel de eficacia que la Directiva debe alcanzar, como el respeto por el compromiso común que debe informar la labor de los Estados miembros en su transposición.

En este sentido, sí habría resultado deseable una mayor precisión en los siguientes pasos, a nivel interno, en la tarea de revisión y adecuación que las Autoridades responsables deberán llevar a cabo, así como a los controles de calidad del proceso que se contemple realizar. Por toda descripción, la Disposición Adicional tercera establece la creación de un Comité para la mejora de la regulación de las actividades

¹ Estos informes son los siguientes:

- un informe que indique los regímenes de autorización existentes, los requisitos de acceso a una actividad de servicios que se tenga previsto mantener y los que se han suprimido o modificado, y los requisitos impuestos para el ejercicio de actividades multidisciplinares; y
- un informe que indique los requisitos nacionales para la libre prestación de servicios que sean no discriminatorios, necesarios y proporcionados, y los requisitos impuestos para la prestación de una actividad de servicios sobre prestadores establecidos en otro estado miembro que estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente.

de servicios, el cual, facilitará la cooperación entre Administraciones Públicas en este sentido, así como el seguimiento y la coordinación de las distintas actuaciones.

Finalmente, sin perjuicio de la importancia de este proceso de adaptación, la verdadera fuerza del Anteproyecto, una vez quede incorporado al ordenamiento jurídico, se mide en su finalidad de evitar *pro futuro* la aparición de ulteriores restricciones al acceso o al ejercicio de las actividades de servicios. Y es ésta una finalidad en la que, de nuevo, las autoridades responsables seguirán sometidas al escrutinio de las autoridades comunitarias y el resto de Estados miembros.

En definitiva, el proceso de transposición constituye una ocasión única de someter a revisión las existentes restricciones normativas a la actividad de servicios, no ya para la consecución de las libertades de circulación y libre establecimiento entre los Estados Miembros de la Unión Europea, sino con el fin de eliminar todas las restricciones normativas que impiden el acceso a los mercados de servicios constituyendo barreras a la entrada, y que favorecen a los ya implantados al relajar la tensión competitiva a la que se enfrentan.

Así, la CNC apoya la iniciativa de la transposición integral de la Directiva con el deseo de que el enfoque que se adopte sea verdaderamente ambicioso no sólo por parte del Ministerio proponente del presente Anteproyecto, sino asimismo por parte del resto de las autoridades implicadas. A la luz de la coincidencia entre los fines de la Directiva de Servicios y la promoción del funcionamiento eficiente de los mercados, resulta evidente que la CNC seguirá con suma atención las distintas etapas del proceso de transposición de esta Directiva, y vigilará, en el marco de sus atribuciones, que dicho proceso es efectivamente aprovechado para eliminar restricciones injustificadas al funcionamiento de estos mercados, en particular en ejercicio del art. 25. a) (dictamen sobre proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia) y 26.1.e) (elevación de propuestas a las Administraciones Públicas para la modificación o supresión de las restricciones a la competencia efectiva derivadas de su actuación) de la LDC.

Precisamente también con esta vocación de aprovechar al máximo la oportunidad que brinda el proceso de transposición de esta Directiva iniciado con el presente Anteproyecto, la CNC publicará en breve una Guía para la evaluación de la competencia de los proyectos normativos. Sin perjuicio de la finalidad más amplia de dicha Guía destinada a servir de instrumento para conseguir una mejor regulación en cualquier sector de actividad, la misma puede asimismo ser de utilidad para facilitar la revisión de la regulación vigente en los distintos mercados de servicios por parte de las autoridades responsables de la producción normativa y evaluar el impacto de la futura regulación sobre la competencia, impidiendo la introducción de obstáculos innecesarios.

II. Observaciones al articulado

Con carácter general, el Anteproyecto se limita a transponer el contenido de la Directiva, para que dicho contenido cobre vigencia como parte del ordenamiento jurídico interno. Por tanto, el contenido del Anteproyecto constituye el necesario punto de partida para la articulación concreta del presente y futuro marco jurídico de los servicios.

Las siguientes consideraciones particulares al texto dispositivo están encaminadas, en general, a profundizar en el potencial liberalizador de esta norma.

Art. 1. Objeto

El Art. 1 del Anteproyecto, en el que se establece el objeto de la norma, reproduce con fidelidad lo establecido en el Artículo Uno de la Directiva. Así, se limita su objeto al planteado desde el punto de vista comunitario para la consecución de un verdadero mercado interior único de servicios: garantizar la libre circulación y el libre establecimiento.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el objeto de la norma estatal es establecer un marco general en la regulación de las actividades de servicios, podría considerarse la posibilidad de hacer explícito que la norma pretende evitar la imposición de restricciones injustificadas a la prestación de las actividades de servicios, independientemente de que dichas restricciones las sufran con carácter exclusivo los nacionales de otros Estados Miembros a la hora de ejercer la actividad o implantarse en España o, de hecho, las soporte cualquier operador potencial, sea comunitario o español.

Así, en una dicción aún más ambiciosa podría añadirse a la redacción actual, al final del primer párrafo, una expresión que garantice que se pretende también evitar la introducción de restricciones innecesarias o desproporcionadas al funcionamiento de los mercados de servicios, quedando la redacción siguiente:

*Art 1.1: "Esta Ley tiene por objeto establecer los principios y disposiciones necesarios para garantizar el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicio realizadas en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier estado miembro de la Unión Europea, **así como evitar la introducción de restricciones al funcionamiento de los mercados de servicios que, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley, no resulten justificadas**".*

De este modo, las previsiones de la futura Ley se refuerzan, impidiendo la introducción en el ordenamiento jurídico de trabas al funcionamiento de los mercados, con independencia del grado en que afecten a la libre circulación desde el punto de vista comunitario. Se establece asimismo que la posible justificación a la existencia de

dichas trabas debe realizarse exclusivamente en los términos establecidos en el propio Anteproyecto.

Esta propuesta estaría en línea con los pronunciamientos a favor de una regulación eficiente que están teniendo lugar tanto a nivel comunitario como internacional, y sobre los que la CNC ya ha establecido su postura en el informe anteriormente citado.

Art. 2. Ámbito de aplicación

El artículo 2 del Anteproyecto se refiere a la definición del ámbito de aplicación y sus exclusiones precisas. La memoria del Anteproyecto señala que el criterio es seguir un “enfoque ambicioso para alcanzar ganancias de competitividad en relación con nuestros socios comunitarios también embarcados en el mismo proceso”. La aplicación de este principio a la definición del ámbito de aplicación conduce a que el número de excepciones al principio general haya de ser limitado. Así, con carácter general, las excepciones que expresamente se contemplan en este artículo resultan similares a las de la Directiva, si bien destacan algunas diferencias entre las excepciones aludidas.

En concreto, en el Anteproyecto no se mencionan expresamente los servicios no económicos de interés general. La Exposición de Motivos justifica esta omisión, de manera razonable a juicio del Consejo, en el hecho de que “dada la ausencia de una definición a nivel comunitario de los servicios económicos de interés general, incluir este concepto puede dar lugar a una excepción ambigua y abierta que, además de reducir excesivamente el ámbito de aplicación del principio de libre prestación, generaría incertidumbre”.

Sin embargo, otras diferencias de tratamiento en relación con la Directiva resultan menos justificadas. Así, se mencionan expresamente, en el apartado e) del art. 2.2 del Anteproyecto los servicios farmacéuticos como excluidos del ámbito de aplicación. En opinión del Consejo, tal mención no resulta necesaria. En la actualidad, incluso sin alusión explícita a los mismos, los servicios farmacéuticos quedarían comprendidos dentro de los servicios sanitarios en consonancia con el considerando 22 de la Directiva, que dispone: “La exclusión de los servicios sanitarios del ámbito de aplicación de la presente Directiva debe abarcar los servicios sanitarios y farmacéuticos prestados por profesionales de la salud a sus pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud cuando estas actividades están reservadas a profesiones reguladas en el Estado miembro en que se presta el servicio”.

Por lo tanto, no resulta necesaria la mención a los servicios farmacéuticos para considerarlos excluidos del ámbito de aplicación, de acuerdo con la reserva actual de actividad que existe en relación con estos servicios en España. Tal reserva de actividad es la única razón, siguiendo la Directiva, por la que se encuentran excluidos. Sin embargo, si se hace explícita la alusión a servicios farmacéuticos, dichos servicios estarían excluidos de la nueva Ley incluso si en el futuro se levantase dicha reserva de

actividad, lo cual supondría establecer una restricción cualificada a la que establece la Directiva.

En consecuencia, se propone eliminar la alusión a “servicios farmacéuticos” del art. 2.2.e, quedando la redacción tal como sigue:

Art.2.2.e): “Los servicios sanitarios prestados por profesionales de la salud a sus pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud”.

Por otra parte, resultaría conveniente que las excepciones al ámbito de aplicación resulten lo más tasadas que sea posible, al objeto de reducir las posibilidades de interpretación acerca de si determinados servicios tienen o no cabida en alguna de las excepciones.

A este respecto, llama precisamente la atención el punto 2.h del artículo, que excluye del ámbito de aplicación “Las actividades vinculadas al ejercicio de autoridad pública, en particular [*pero no exclusivamente*] las de los notarios y los registradores de la propiedad o mercantiles”, lo cual constituye en puridad una redacción abierta en la que, por añadidura, la noción de “vinculación” al ejercicio de autoridad pública puede resultar interpretable. Esta expresión –que ya está presente en la propia Directiva- puede resultar lo suficientemente ambigua como para incluir a determinadas actividades profesionales que, prestándose en régimen de mercado, resultan conexas al ejercicio de la autoridad pública, dando lugar a cierta inseguridad jurídica acerca de las actividades que estarían amparadas en esta exclusión. Resultaría, por tanto, deseable evitar que dichas actividades puedan acogerse a dicha exclusión para sortear la aplicación de la futura Ley. Un ejemplo serían los procuradores, cuyo régimen de fijación de precios ha sido denunciado por la CNC con anterioridad, y cuya actividad, en una lectura interesada del precepto, podría cuestionarse que debiese estar sometida a evaluación.

En consecuencia, se propone que, para acotar el alcance de la exclusión a los supuestos en que las leyes establecen que determinadas actividades ejercen autoridad pública, se tasan en esta Ley cuáles son las actividades a que se aplicaría esta exclusión, junto a las de notarios y registradores, y que se sustituya la palabra “vinculadas” por la expresión “que consistan en”, al restringir en mayor medida esta última dicción las posibilidades de aplicación del precepto.

A salvo de la inclusión del resto de actividades afectadas, el precepto quedaría redactado de la siguiente manera

*Art 2. 2. h): ” Las actividades **que consistan en** el ejercicio de la autoridad pública, en particular las de los notarios, registradores de la propiedad y mercantiles”.*

Art. 3. Definiciones

Entre las definiciones que figuran en este artículo se habla, en el punto 11, de profesión regulada como “actividad o conjunto de actividades profesionales cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio estén subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales o reglamentarias, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales”. Cabría añadir a la dicción del artículo “en los términos de la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales”, por dos razones. Porque este concepto arranca de dicha Directiva y a ella debe quedar circunscrito en el marco del presente Anteproyecto, y además por razones sistemáticas, ya que en otros puntos del texto (art. 11.1.d, sobre requisitos de aplicación excepcional) se alude correctamente a dicha Directiva al hablar de profesiones reguladas. Así el artículo quedaría redactado del siguiente modo:

*Art. 3.11: “Profesión regulada: la actividad o conjunto de actividades profesionales cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio estén subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales o reglamentarias, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales **en los términos de la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales**”.*

Art. 5. Regímenes de autorización

Este artículo establece que “excepcionalmente podrán establecerse regímenes de autorización siempre que cumplan los principios de no discriminación, proporcionalidad y necesidad”. Ello quiere decir que la imposición de regímenes de autorización será excepcional, y además que para su establecimiento, deben satisfacerse estos principios. Resulta destacable que el empleo de esta expresión, que no figura en el artículo correspondiente de la Directiva de Servicios, enfatiza –correctamente, a juicio de este Consejo- que la instauración de regímenes de autorización no puede ser regla común en la ordenación que las autoridades competentes realicen de la actividad de servicios.

Sin embargo, en este artículo no se establecen previsiones sobre cómo justificar que efectivamente una nueva autorización cumple dichos principios. En este sentido, debido precisamente al carácter excepcional que tendrá cualquier régimen autorizador, se entiende que debería incorporarse al artículo, para una mejor garantía del cumplimiento de la ley, que la Administración que cree un nuevo régimen autorizador habría de motivar justificadamente su creación, así como su adecuación a los principios señalados. Esta motivación, que sí se menciona en la Directiva de Servicios, podría incluirse en la propia norma por la cual se crea ese régimen de autorización. En consecuencia, se propone la siguiente redacción del primer párrafo del art. 5.1:

Art. 5.1: “La normativa reguladora del establecimiento para el ejercicio de una actividad de servicios no podrá imponer a los prestadores de España o de cualquier Estado miembro de la Unión Europea regímenes de autorización. Excepcionalmente, podrá establecerse un régimen de autorización cuando concurren las siguientes condiciones:

a) No discriminación: que el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social:

b) Necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general y;

c) Proporcionalidad: que dicho régimen sea el instrumento adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue y no vaya más allá de lo necesario para conseguirlo y que no se pueda sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.

La concurrencia de estos requisitos habrá de encontrarse suficientemente motivada en la norma por la que tal régimen se establezca”.

Finalmente, el punto 2 de dicho art. 5 dispone que “en particular”, el establecimiento para el ejercicio de una actividad de servicios no se sujetará a un régimen de autorización cuando sea suficiente una notificación o declaración responsable del prestador, con un determinado contenido. Esta Comisión considera que, para evitar que se considere que, fuera de este supuesto y por el mero hecho de que no se pueda cumplir, resulta posible justificar la instauración de un régimen de autorización, debería sustituirse “en particular” por “en ningún caso”, quedando la redacción del siguiente modo:

*Art. 5.2: “**En ningún caso** el establecimiento para el ejercicio de una actividad de servicios se sujetará a un régimen de autorización cuando sea suficiente una notificación o declaración responsable del prestador, mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos, y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad”.*

Art. 7. Limitación al número de autorizaciones

El Art. 7.1 regula la posibilidad de establecer un número limitado de autorizaciones en sólo dos circunstancias. : “por la escasez de recursos naturales o por motivos técnicos”. Cabe decir, con carácter preliminar, que la definición de criterios claros e inequívocos que restrinjan la posibilidad de que la Administración limite el acceso a la actividad a un número fijo de operadores (o, en caso extremo, otorgue una concesión en exclusiva a

un operador) constituye un punto crítico para evitar que se establezcan barreras de entrada a la actividad que impliquen ineficiencias.

En este sentido, se considera que la justificación por motivos técnicos no queda suficientemente definida, pudiendo dar lugar la indefinición de lo que constituye un “motivo técnico” a un cajón de sastre que permita limitar el número de autorizaciones en muchos más casos de lo que sería razonable.

Podría pensarse que dichos “motivos técnicos” aluden a la imposibilidad de que tengan cabida más de un número concreto de operadores, debido a características impuestas por el desarrollo tecnológico (piénsese por ejemplo, en el espectro radioeléctrico o en ciertas estructuras de costes con características de monopolio natural), pero en ese caso convendría revisar la redacción propuesta.

Desafortunadamente la Directiva no contiene una aclaración sobre este extremo. Su Artículo 12 se refiere a la limitación del número de autorizaciones debido a “la escasez de recursos naturales o de las capacidades técnicas que se pueden utilizar”. No obstante, la expresión “escasez de capacidades técnicas” induce más a pensar en limitaciones tecnológicas insoslayables que determinan el ejercicio de la actividad.

En consecuencia, cabría proponer una definición más concreta y estricta de los “motivos técnicos” que podrían ser admisibles o, en caso contrario, optar por una expresión que permita acotar más precisamente los supuestos en que podría aplicarse este artículo, tales como “limitaciones”, “restricciones”, o “impedimentos”, e incluso adoptar la expresión “escasez de capacidades técnicas”, en línea con la Directiva. Se propone la siguiente redacción:

*Art. 7.1: “Sólo podrá limitarse el número de autorizaciones cuando esté justificado por la escasez de recursos naturales, **físicos o técnicos a utilizar en el desarrollo de la actividad**”.*

Por otro lado, el Art. 7.2 establece que “cuando el número de autorizaciones disponibles esté limitado, se aplicará un procedimiento de selección que garantice los principios de publicidad, imparcialidad, y transparencia en el procedimiento”.

Si bien en cierta medida podría ir implícito en dichos principios, con carácter autónomo a los mismos, y para aumentar su fuerza, cabría añadir a dicho catálogo de principios el de la garantía de concurrencia competitiva, quedando la redacción del modo siguiente:

*Art. 7.2: “Cuando el número de autorizaciones esté limitado, se aplicará un procedimiento de selección que garantice los principios de publicidad, imparcialidad, transparencia y **concurrencia competitiva**”.*

Por otra parte, es de destacar que el Anteproyecto no incluye explícitamente como criterio de selección otras consideraciones basadas en razones imperiosas de interés general, que sí contempla la Directiva en el apartado 3 de su artículo 12. Este Consejo

valora positivamente el que no se contemple esta inclusión por considerar que recurrir a ese tipo de consideraciones pudieran introducir incertidumbre y reducir la transparencia del proceso de selección.

Adicionalmente, el Art. 7.3 establece que "...la autorización que se conceda tendrá una duración limitada...", mientras que el Art. 8 determina que "Con carácter general las autorizaciones se otorgarán por tiempo indefinido...". Se sobreentiende que el Art. 7.3 se refiere a los casos en los que existe un número limitado de autorizaciones (supuesto del artículo 7) y que, para evitar que los beneficiarios se perpetúen en el tiempo, se dispone que las autorizaciones concedidas no sean ilimitadas en el tiempo, . Sin embargo, tal como está redactado este punto, colisiona con la redacción del art. 8. Por lo tanto, este extremo debería quedar más claro, tal como ocurre en la redacción de la Directiva.

Además, resultaría conveniente en opinión de este Consejo delimitar con más precisión lo que se entiende por duración "adecuada en función de las características del servicio", criterio que sirve para limitar la duración de las autorizaciones en los casos del art.7.3. (otorgamiento de un número limitado de autorizaciones). Esta expresión, por su ambigüedad, puede dar lugar a la aparición de autorizaciones de duración excesiva restringiendo la libre concurrencia más allá de lo necesario. Es por ello que se considera que la cuestión concreta de cuál resulta el plazo de vigencia adecuado para la autorización debería someterse a un ejercicio de justificación de su necesidad y, en particular, proporcionalidad, en el momento en que se establezca dicha limitación.

En consecuencia, la dicción de este apartado podría ser la siguiente:

Art. 7.3: "En los casos contemplados en el punto 1, la autorización que se conceda tendrá una duración limitada y adecuada, debiendo motivarse la necesidad y proporcionalidad de tal duración en el momento en que se establezca o modifique dicho plazo. La autorización no dará lugar a un procedimiento de renovación automática ni conllevará, una vez extinguida la autorización, ningún tipo de ventaja para el prestador, o personas especialmente vinculadas con él".

Por añadidura, en tanto en cuanto esta precisión del art. 7.3 constituye una excepción al criterio general en la duración de las autorizaciones del artículo 8, (tendrán, en general, carácter indefinido), podría resultar conveniente que dicho artículo 8 precediese al 7 en el texto dispositivo, a la manera de la propia Directiva.

Artículo 8. Limitaciones temporales y territoriales

En lo que respecta a las limitaciones territoriales, los apartados a) y b) del punto 2 de dicho artículo establecen los supuestos en los que se puede limitar el efecto de la autorización otorgada a un prestador de servicios que, en principio, tiene validez en todo el territorio nacional. Estos casos son: la limitación a una parte específica del

territorio, y la posibilidad de exigir autorización individual para cada establecimiento físico, sometidos ambos a la justificación de su necesidad, proporcionalidad y no discriminación.

Sin embargo, existen diferencias en el alcance de la justificación de la necesidad en los dos supuestos. En el primero (art. 8.2 a)) dicha justificación es más restringida ya que se explicitan sólo algunos sub-tipos de las razones de interés general: orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente. Por el contrario, a la hora de exigir autorización individual para cada establecimiento físico (art. 8.2 b)) , la justificación se refiere genéricamente a “razones imperiosas de interés general”, lo que, con arreglo al art. 3.9 del Anteproyecto, permite un catálogo más amplio de justificaciones.

Sin perjuicio de que dicha diferencia de tratamiento sea congruente con la propia Directiva, se considera que una redacción ambiciosa debería equiparar el tratamiento en ambos casos, porque la esencia de los dos supuestos es la misma en gran medida: la restricción de la vigencia de la autorización para todo el territorio nacional. En consecuencia, una opción más ambiciosa que la de la propia Directiva consistiría en optar por instaurar, en ambas opciones del art. 8.2, el criterio menos restrictivo de la competencia, que es el que tasa las posibles justificaciones en mayor medida y figura en el apartado a) de dicho precepto. Así pues, el punto b del artículo 8.2 quedaría redactado del siguiente modo:

*Art. 8.2: “Podrá exigirse una autorización individual para cada establecimiento físico cuando esté justificado por **estrictas razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente**, resulte proporcionado y no discriminatorio”. Cuando el prestador de servicios ya esté establecido en España y ejerza legalmente la actividad, estas autorizaciones no podrán contemplar requisitos que no estén ligados específicamente a la adecuación de las características del establecimiento físico para dicha actividad”.*

Por otra parte, convendría que, allí cuando se alude a razones concretas de entre el catálogo de razones de imperioso interés general (como por ejemplo en este artículo), se añadiese la palabra “estrictas”, para limitar en lo posible una utilización inapropiada de dicha justificación.

Art. 10. Requisitos prohibidos

El Art. 10, en el que se establecen los requisitos prohibidos para acceder a una actividad de servicios o su ejercicio, prevé en su punto 6 que en ningún caso se supeditarán el acceso a una actividad de servicios a la “intervención directa o indirecta de competidores, incluso con carácter consultivo, en los actos de trámite destinados a la obtención de una autorización o en el acto de concesión de la misma por la autoridad competente, sin perjuicio de la actuación de colegios profesionales como autoridad competente”. En referencia a la “actuación” de los colegios profesionales como autoridad competente debería especificarse que éstos actuarán “de acuerdo con las

competencias que les otorga la ley". Ello conduciría a evitar una interpretación laxa que pudiera llevar a considerar que los colegios profesionales obtienen en virtud de este Anteproyecto competencias absolutas para decidir sobre el otorgamiento de autorizaciones. Por tanto, el artículo 10.6 debería quedar redactado del siguiente modo:

*Art. 10.6: "Intervención directa o indirecta de competidores, incluso con carácter consultivo, en los actos de trámite destinados a la obtención de una autorización o en el acto de concesión de la misma por la autoridad competente, sin perjuicio de la actuación de colegios profesionales como autoridad competente, **en el ámbito de las competencias que les otorga la ley**. Esta prohibición se extiende a organismos como las cámaras de comercio y a los interlocutores sociales en lo que concierne al otorgamiento de autorizaciones individuales".*

Art. 14. Medidas excepcionales por motivos de seguridad

Al considerar los supuestos excepcionales que pueden motivar, por razones de seguridad, la instauración de medidas restrictivas de la libertad de prestación de los servicios, el art. 14.2 del Anteproyecto dispone que tales medidas "únicamente podrán adoptarse cuando concurren las siguientes circunstancias", estableciendo seguidamente tres condiciones. Desde el punto de vista de la prevención de restricciones injustificadas, debe entenderse que son las tres circunstancias las que deben darse cumulativamente. Lo contrario no tendría sentido, puesto que, por ejemplo, la última de estas condiciones, la proporcionalidad, nunca es suficiente por sí misma para justificar el uso de tales medidas restrictivas. Así, al objeto de que resulte inequívoco que las tres condiciones han de darse, sería apropiado añadir la palabra "conjuntamente", a dicho apartado segundo, quedando el artículo redactado del modo siguiente:

*Art.14.2: "Dichas medidas únicamente podrán adoptarse cuando concurren, **conjuntamente**, las siguientes condiciones:"*

Art. 20. Fomento de la calidad de los servicios

El Art. 20.3. establece que las Administraciones Públicas "promoverán la participación de colegios y organizaciones profesionales en la elaboración a escala comunitaria de códigos de conducta destinados a facilitar la libre prestación de servicios o el establecimiento de un prestador de otro Estado miembro."

Aunque no parece que sea ese el espíritu del texto, y sin perjuicio de la dicción de la propia Directiva en este punto, en ningún caso sería deseable que pudiera entenderse que los poderes públicos fomentaran códigos de conducta que puedan servir de amparo legal a posibles concertaciones anticompetitivas. Para evitar tal extremo se propone una redacción alternativa del mismo artículo en la que se incorpore una mención a que dichos códigos se entienden "sin perjuicio de la normativa de defensa

de la competencia”, recordando así la obligatoriedad de su cumplimiento, de forma que quede claro que los códigos de conducta en ningún caso podrán dar amparo a conductas que infrinjan dicha Ley. En consecuencia, el artículo 20.3 quedaría redactado de la siguiente manera:

*Art. 20.3: “Promoverán la participación de colegios y organizaciones profesionales en la elaboración a escala comunitaria de códigos de conducta destinados, **sin perjuicio de la normativa de defensa de la competencia**, a facilitar la libre prestación de servicios o el establecimiento de un prestador de otro Estado miembro”.*

Art. 24. Actividades multidisciplinares

El art. 24.1 prohíbe la obligación a los prestadores de servicios al ejercicio de una única actividad de forma exclusiva. Sin embargo, el punto 2.a de dicho artículo establece que, para garantizar su independencia e imparcialidad, las profesiones reguladas pueden verse sujetas por Ley al ejercicio exclusivo de una única actividad “en la medida en que sea necesario para garantizar el cumplimiento de requisitos deontológicos”.

Cabe decir que tales “requisitos deontológicos” a que se alude en este artículo (y también en el art. 25.1.a) de la Directiva) constituyen un concepto vago e impreciso que en ningún caso debe dar lugar a extralimitaciones que sirvan para cobijar reservas exclusivas de actividad de manera injustificada. En consecuencia, cabría plantearse acotar lo que se entiende por “requisitos deontológicos” o, en su defecto, asegurarse de que no se utiliza este concepto para establecer el ejercicio exclusivo de manera injustificada. A este respecto, debería exigirse un ejercicio similar al de la justificación de los regímenes de autorización, mediante el cumplimiento de los principios de no discriminación por nacionalidad, necesidad y proporcionalidad.

Por ello, se propone la siguiente redacción del art. 24.2.a):

*Art. 24.2.a). “Las profesiones reguladas, en la medida en que sea necesario para garantizar el cumplimiento de requisitos deontológicos, **siempre que los mismos se justifiquen de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 5 de la presente Ley.**”*

Disposición adicional tercera. Comité para la mejora de la regulación de las actividades de servicios

Esta disposición adicional establece mecanismos concretos de cooperación entre las distintas Administraciones Públicas de cara al resto del proceso de transposición al ordenamiento interno de la Directiva de Servicios. En particular, se crea un Comité para

la mejora de la regulación de las actividades de servicios, cuyo objeto será facilitar la cooperación en este sentido y, en particular, el seguimiento y la coordinación de actuaciones.

En opinión del Consejo, para potenciar aún más el enfoque ambicioso, no ya del Anteproyecto en sí, sino de todo el proceso de transposición, habría resultado conveniente recoger expresamente en el Anteproyecto, con mayor detalle, las actuaciones que se pretende llevar a cabo en este sentido, a la manera de la Directiva en el ámbito de las relaciones entre la Comisión Europea y los Estados Miembros. Así, dicho Comité podría elaborar uno o varios informes de seguimiento acerca del grado de satisfacción de los trabajos de las autoridades responsables en dicho proceso en determinadas fechas intermedias, así como al final del plazo que se otorga para la transposición (26 de diciembre de 2009). Dicho informe podría no sólo contemplar el grado de adecuación de la normativa a la futura Ley, sino, en su caso, el grado de avance adicional en la eliminación de restricciones al establecimiento y ejercicio de las actividades de servicios.

Madrid, 5 de noviembre de 2008