

Comentari jurisprudencial

## MERCAT INTERIOR I DIRECTIVA DE SERVEIS

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini\*

### Sumari

#### I. Introducció

#### II. La caracterització del mercat interior i els mecanismes previstos en el dret de la Unió per promoure'l

##### 1. Mecanismes de garantia del mercat interior

1.1 Els mecanismes de garantia de la lliure circulació de mercaderies, persones, serveis i capitals en el TFUE

*a)* Els mecanismes d'integració negativa

*b)* Els mecanismes d'integració positiva

1.2 Els mecanismes de garantia que la competència no serà distorsionada al mercat interior en el TFUE

*a)* Els mecanismes d'integració negativa

*b)* Els mecanismes d'integració positiva

#### III. Dues interpretacions contradictòries de l'objectiu i l'abast de les llibertats bàsiques del mercat interior

1. La jurisprudència del Tribunal de Justícia sobre lliure prestació de serveis

2. La jurisprudència del Tribunal de Justícia sobre llibertat d'establiment

#### IV. Els efectes desreguladors de la Directiva de serveis

---

\* Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, professor titular de dret constitucional, Facultat de Dret, Universitat Autònoma de Madrid, C/ Kelsen, 1, 28049, Madrid, [tomas.quadra@uam.es](mailto:tomas.quadra@uam.es).

Article rebut el 30.09.2010. Avaluació cega: 12.11.2010. Data d'acceptació i la versió final: 14.02.2011.

## I. Introducció

Un important sector doctrinal afirma que la Directiva 2006/123 del Parlament i del Consell, de 12 de desembre, relativa als serveis al mercat interior, no constitueix una novetat respecte al seu contingut, ja que es limitaria a recollir i a codificar la jurisprudència prèvia del Tribunal de Justícia en matèria de llibertats d'establiment i de prestació de serveis.<sup>1</sup>

Tal afirmació no pot ser compartida, en absolut, ja que la Directiva ha suposat un canvi radical en la configuració del mercat interior dels serveis. Un canvi que no hauria estat possible realitzar, ni de bon tros, a través d'una simple aplicació de la jurisprudència del Tribunal en matèria de llibertats europees.

En efecte, la Directiva de serveis pretén la creació d'un autèntic mercat interior de serveis el 2010, objectiu que excedeix, de molt, l'objectiu pretès amb el reconeixement al Tractat de Funcionament de la Unió Europea (d'ara endavant, TFUE) de les llibertats fonamentals del mercat interior tal com han estat interpretades per la jurisprudència del Tribunal de Justícia.

Per comprendre que és el que ha canviat amb la Directiva de serveis cal analitzar quina era la situació existent abans que fos aprovada.

Aquesta situació es caracteritzava, d'una banda, pel reconeixement en el dret originari de la Unió Europea, als Tractats, de les denominades llibertats bàsiques del mercat interior, entre les quals trobem la llibertat d'establiment i la lliure prestació de serveis i, d'una altra, per una tímida acció harmonitzadora del legislador europeu en matèria de serveis a través de l'aprovació de normes de dret derivat.<sup>2</sup>

Les llibertats bàsiques del mercat interior recollides en el TFUE promouen, com ens disposem a desenvolupar en aquestes pàgines, un dels trets del mercat interior —la lliure circulació de persones i béns pel territori de la Unió— a través de l'establiment de prohibicions de fer dirigides als poders públics. Tanmateix, el reconeixement en el TFUE d'aquestes llibertats no és suficient per establir un autèntic mercat unificat, ja que per a això és ineludible l'acció harmonitzadora del legislador de la Unió. Però l'acció harmonitzadora de la Unió pel que fa als serveis s'ha produït molt puntualment.<sup>3</sup>

---

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

<sup>2</sup> Tímida si la comparem amb la que ha exercit en matèria, per exemple, de lliure circulació de mercaderies.

<sup>3</sup> Precisament l'abast general i la gran penetració de la nova norma europea en els ordenaments nacionals es deuen al seu caràcter de directiva horitzontal o general, en tant que afecta múltiples sectors implicats en el mercat, fet que contrasta amb les habituals directives sectorials o verticals que són les utilitzades habitualment per les institucions europees per promoure l'establiment i el funcionament del mercat interior. Muñoz Machado, S., «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», a XXV edició del *Libro Marrón. Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicio*, Círculo de Empresarios, 2009, i Muñoz Machado, S., «Las regulaciones por silencio», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, Iustel, 2010. «La Directiva estableix un marc jurídic general que, amb alguna excepció, serà aplicable amb caràcter horitzontal a totes les activitats econòmiques de serveis», a Villarejo Galende, H., «La Directiva de servicios en el mercado interior una perspectiva general», a Rivero Ortega (dir.), *Mercado Europeo y Reformas Administrativas. La transposición de la Directiva de servicios en España*, Civitas, 2009. Sobre les normes i els procediments nacionals potencialment afectats per

La Directiva de serveis suposa, precisament, l'intent de configuració d'un veritable mercat interior dels serveis mitjançant la submissió de totes aquelles mesures dels estats membres que condicionin l'activitat de prestació de serveis, amb o sense establiment permanent, a l'anomenat principi de proporcionalitat. A la necessitat de respectar aquest principi són reconduïbles les exigències establertes en diversos preceptes de la Directiva per a aquells requisits que els estats membres estableixin per a l'accés o l'exercici de serveis:

a) no discriminació: que els requisits no siguin discriminatoris, ni directament ni indirectament, en funció de la nacionalitat o, pel que fa a les societats, del domicili social;

b) necessitat: que els requisits estiguin justificats per una raó imperiosa d'interès general;

c) proporcionalitat: que els requisits siguin adequats per garantir la realització de l'objectiu que es persegueix i no vagin més enllà del necessari per aconseguir l'objectiu esmentat i que no es puguin substituir per altres mesures menys restrictives que permetin obtenir el mateix resultat.

La conseqüència fonamental de l'aprovació de la norma europea seria la submissió de les disposicions nacionals que regulen la prestació de serveis, independentment de si obstaculitzen o no el comerç entre estats, a un nou paràmetre per determinar-ne la conformitat amb l'ordenament: el principi de proporcionalitat. Principi al qual, com analitzarem, no quedarien sotmeses les regulacions nacionals no obstaculitzadores del comerç intracomunitari abans de l'entrada en vigor de la Directiva com a conseqüència de la laxitud de l'escrutini a què són sotmeses aquestes regulacions prenent com a paràmetre els drets fonamentals econòmics nacionals. El nou paràmetre establert en la Directiva per jutjar les normes estatals que reglamenten els serveis, el judici de proporcionalitat, és, en la pràctica, més incisiu que el paràmetre nacional utilitzat fins ara per jutjar moltes d'aquestes normes, el judici de raonabilitat. La Directiva implica una desregulació potencial del mercat.<sup>4</sup>

Analitzarem en primer lloc els trets del mercat interior i els mecanismes previstos en el dret originari europeu per promoure'l, en segon lloc analitzarem la jurisprudència del Tribunal de Justícia en matèria de llibertat d'establiment i de lliure prestació de serveis i en un tercer moment analitzarem els efectes desreguladors que té la Directiva de serveis.

---

la Directiva de serveis vegeu Marcos Fernández, F., «Una oportunitat para reforzar la libertad de empresa y la libre competencia: la transposición de la Directiva de Servicios en la regulación autonómica», a XXV edició del *Libro Marrón. Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios*, Círculo de Empresarios, 2009. Sobre la transposició de la Directiva al nostre país, vegeu *La Ordenación de las Actividades de Servicios: Contrarios a la Ley 17/2009 y la Ley 25/2009*, de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T., Aranzadi, 2010.

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

## II. La caracterització del mercat interior i els mecanismes previstos en el dret de la Unió per promoure'l

El mercat interior, que d'acord amb l'article 3.3 del Tractat de la Unió Europea després de la seva reforma de Lisboa «establirà» la Unió, es definirà, d'acord amb la jurisprudència del Tribunal de Justícia, per dos trets:<sup>5</sup>

1) Per ser un espai on es troben garantides la lliure circulació de mercaderies, persones, serveis i capitals.

2) Per ser un espai on es troba garantit que la competència al seu interior no serà falsejada. Aquesta idea es pot reconduir a la necessitat de garantir una certa igualtat en les condicions d'exercici de l'activitat econòmica.

Ambdós trets, que es trobaven enunciat als primers articles del Tractat de la Comunitat Europea, vigent quan es dicta la Directiva de serveis —més concretament en la denominada «primera part», que regulava els principis en què es fonamentava la Unió Europea—, requeririen, per ser dotats de veritable eficàcia, ser concretats i desenvolupats a la resta de l'articulat dels Tractats, allà on s'estableixen tant prohibicions efectives d'actuar, adreçades fonamentalment als estats membres, com atribucions efectives de competències a la Unió Europea; ja que, per si mateixos, els preceptes de la primera part no garantien res. És necessari, per tant, analitzar els mecanismes establerts als Tractats europeus, prohibicions i atribucions competencials, per promoure els dos trets enunciat en la jurisprudència del tribunal de Justícia.

### 1. Mecanismes de garantia del mercat interior

La identificació dels trets que defineixen el concepte de mercat interior en el dret de la Unió Europea (d'una banda, l'absència d'obstacles a la lliure circulació de mercaderies, persones, serveis i capitals i, d'una altra, l'absència de distorsions de la competència) ha de ser completada amb l'anàlisi d'aquells mecanismes que permeten garantir el manteniment o promoció d'aquests trets. Analitzarem en primer lloc els mecanismes que permeten garantir o promoure la lliure circulació i en segon lloc analitzarem els mecanismes que permeten garantir o promoure la lliure competència.

#### 1.1 Els mecanismes de garantia de la lliure circulació de mercaderies, persones, serveis i capitals en el TFUE

El TFUE, amb la finalitat de permetre l'establiment d'un mercat interior, ha previst la supressió dels obstacles entre els estats membres a la lliure circulació de mercaderies, persones, serveis i capitals i la garantia consegüent de la seva circulació a través de dos mecanismes complementaris:

---

<sup>5</sup> Aquesta caracterització d'un mercat interior també ha estat en bona mesura realitzada pel Tribunal Constitucional espanyol en referir-se al mercat nacional únic. D'acord amb una repetida doctrina del Tribunal Constitucional, «la unitat de mercat suposa, almenys, la llibertat de circulació sense traves per tot el territori nacional de béns, capitals, serveis i mà d'obra i la igualtat de les condicions bàsiques d'exercici de l'activitat econòmica», STC 88/1986, d'1 de juliol, FJ 6.

a) Mitjançant aquells preceptes del TFUE que prohibeixen als poders públics, tant estatals com de la Unió, el manteniment o establiment d'obstacles a la lliure circulació: les anomenades llibertats bàsiques del mercat interior. Es tracta de preceptes que doctrinalment s'ha considerat que constitueixen mecanismes d'integració negativa en promoure la construcció del mercat interior mitjançant l'establiment de prohibicions adreçades als poders públics.

b) Mitjançant aquells preceptes del TFUE que atribueixen a la Unió Europea la competència o capacitat per fer caure aquells obstacles a la lliure circulació que subsisteixin a la prohibició anterior a través de l'establiment d'una normativa comuna o harmonitzada a tot el territori de la Unió que desplaci les normatives estatals. Són preceptes que doctrinalment s'ha considerat que constitueixen mecanismes d'integració positiva en promoure la construcció del mercat interior mitjançant la intervenció de la Unió Europea en el seu rol de legislador positiu, harmonitzant, coordinant o uniformitzant les legislacions nacionals.<sup>6</sup>

### a) Els mecanismes d'integració negativa

Els preceptes continguts en el TFUE que prohibeixen el manteniment o l'establiment d'obstacles a la lliure circulació són essencialment les anomenades llibertats fonamentals del mercat interior i tenen com a objectiu essencial evitar que els estats membres mantinguin o erigeixin barreres o obstacles injustificats entre els estats membres a la lliure circulació de mercaderies, persones, serveis i capitals.

En interpretar el significat del concepte «obstaculitzar la lliure circulació» arribem a la conclusió —tal com desenvoluparem en un epígraf posterior quan analitzarem la jurisprudència del TJCE en matèria de lliure prestació de serveis i llibertat d'establiment— que obstaculitzen la lliure circulació aquelles mesures dels poders públics estatals que tenen com a efecte restringir més onerosament la circulació de les mercaderies, les persones, els serveis o els capitals provinents dels altres estats membres que la circulació de les mercaderies, les persones, els serveis o els capitals provinents de l'Estat que dicta la mesura.<sup>7</sup>

Cal que es doni, per tant, el que podem considerar que és un element «proteccionista» per poder considerar que una mesura estatal és contrària a aquells preceptes del TFUE que busquen la supressió dels obstacles a la lliure circulació.

Per tant, caldria diferenciar entre el que serien «obstacles al comerç en general» i el que serien «obstacles al comerç interestatal», ja que només els segons —caracteritzats per la major restricció que provoquen sobre la lliure circulació de mercaderies, persones, serveis o capitals provinents dels altres estats membres que sobre la lliure

<sup>6</sup> Sobre el concepte d'integració negativa i positiva, vegeu Scharpf, F., *Governing in Europe. Effective and Democratic?*, Oxford University Press, 1999.

<sup>7</sup> Així sembla haver-ho acceptat el TJ en alguna jurisprudència. Així, en relació amb la lliure circulació de mercaderies vegeu la STJ *Keck i Mithouard*, de 24 de novembre de 1993, afers acumulats C-267 i 268/91, i de la Quadra-Salcedo Janini, T., *Unidad económica y descentralización política. Libre circulación de mercancías y control judicial en EEUU y en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2004. En relació amb la lliure prestació de serveis i la llibertat d'establiment veure *infra* i de la Quadra-Salcedo Janini, T., «¿Quo vadis Bolkestein...», cit. En el cas de la lliure circulació de treballadors el TJ va semblar separar-se d'aquella concepció que exigeix una afecció dels treballadors de fora més onerosa que la dels treballadors de dins en una jurisprudència molt discutible i que no ha tingut excessiva continuïtat, vegeu la STJ *Bosman* de 15 de desembre de 1995, afer 415/93, apartats 103 i 104, on el Tribunal de Justícia hauria sostingut que una mesura que impedeix l'accés al mercat dels treballadors en general constitueix un obstacle a la lliure circulació de treballadors independentment de si la mesura limita de la mateixa manera als treballadors de l'Estat que regula.

circulació de mercaderies, persones, serveis o capitals provinent del propi Estat— estarien, en principi, prohibits pels preceptes que estableixen les llibertats europees.<sup>8</sup>

No obstant això, és possible que una mesura estatal que tingui com a efecte restringir més onerosament la circulació de les mercaderies, les persones, els serveis i els capitals provinents dels altres estats membres que la dels provinents de l'Estat regulador pugui no ser, malgrat això, finalment considerada prohibida pel TFUE com a conseqüència que es pugui considerar justificada en la promoció d'un objectiu legítim (salut, protecció del consumidor, protecció del medi ambient, ordre públic...). En aquests supòsits és possible excloure que la mesura estatal, en principi obstaculitzadora del comerç interestatal, hagi tingut una motivació proteccionista encara que els seus efectes siguin efectivament més restrictius sobre la lliure circulació de mercaderies, persones, serveis i capitals provinents de fora que sobre la lliure circulació de mercaderies, persones, serveis i capitals provinents de dins de l'Estat que regula.

Així, si la mesura promou veritablement un objectiu legítim de manera proporcionada, malgrat que l'efecte de la mesura sigui el d'obstaculitzar la lliure circulació —com a conseqüència de produir-se una restricció més onerosa de la circulació de les mercaderies, les persones, els serveis i els capitals provinents dels altres estats membres que la dels provinents de l'Estat regulador—, aquest efecte no conduiria a la seva prohibició.<sup>9</sup>

### *b) Els mecanismes d'integració positiva*

Precisament amb la finalitat de suprimir aquells obstacles que subsisteixen legítimament a les prohibicions establertes en el TFUE, aquest ha previst l'atribució d'una sèrie de competències al legislador de la Unió Europea per promoure l'establiment del mercat interior mitjançant l'harmonització d'aquelles mesures dels estats membres que obstaculitzin la lliure circulació, però que hagin superat la prohibició establerta en les llibertats bàsiques del mercat interior recollides en el TFUE com a conseqüència del fet que promouen proporcionadament un objectiu considerat legítim.

Paradigma de la competència atribuïda per promoure l'establiment del mercat interior mitjançant l'actuació positiva del legislador europeu seria l'article 114 del TFUE (antic art. 95 TCE), que atribueix a la Unió la capacitat d'adoptar mesures relatives a l'aproximació de les disposicions legals, reglamentàries i administratives dels estats membres que tinguin per objecte l'establiment i el funcionament del mercat interior.

La jurisprudència del Tribunal de Justícia ha interpretat que la Unió Europea és competent per adoptar una mesura d'harmonització de les disposicions nacionals d'acord amb l'article 114 del TFUE si aquesta mesura té

---

<sup>8</sup> Tota regulació pública és susceptible de restringir, en més o menys grau, els intercanvis comercials al mercat com a conseqüència d'obligar els operadors econòmics a haver d'adequar-s'hi. Així, una regulació que estableixi, per exemple, el lloc o el moment en el qual es pot comercialitzar un producte o deixar un servei es pot considerar que imposa un obstacle al comerç en general, obstacle que no es produiria si no existís aquesta regulació i els intercanvis o la prestació dels serveis fossin completament lliures. Però a banda d'aquesta restricció general dels intercanvis comercials que genera tota reglamentació pública, determinades regulacions públiques territorials poden tenir com a efecte específic restringir més onerosament la comercialització d'aquells productes o la prestació d'aquells serveis provinents de fora que la comercialització dels productes o la prestació de serveis provinents de dins d'aquest territori. Aquest efecte restrictiu concret és el que es pretén prohibir en garantir-se la lliure circulació de mercaderies o la lliure prestació de serveis entre els estats membres, ja que el que es voldria evitar per aquells preceptes que estableixen les llibertats europees són els obstacles al comerç interestatal i no els obstacles al comerç en general.

<sup>9</sup> Un exemple de mesures estatals obstaculitzadores del comerç intracomunitari que tanmateix es podrien considerar justificades com a conseqüència de promoure un objectiu legítim serien, en matèria de lliure circulació de mercaderies, les mesures de quarantena.

efectivament com a objectiu la millora de les condicions d'establiment i funcionament del mercat interior, la qual cosa, d'acord amb la jurisprudència del Tribunal de Justícia, només es produeix:

- a) si la mesura contribueix de fet a eliminar obstacles al comerç entre els estats membres;
- b) o si la mesura suprimeix distorsions sensibles de la competència.<sup>10</sup>

Aquesta interpretació de l'abast de la competència atribuïda a l'article 114 TFUE és traslladable perfectament a aquells altres preceptes que atribueixen a la Unió competències harmonitzadores més específiques en matèria, per exemple, de serveis o d'establiment.

L'establiment d'un mercat interior no s'imposa, pel que fa a la supressió dels obstacles justificats, directament pel TFUE, sinó que es deixa el seu establiment, en bona mesura, a les mans de les institucions polítiques europees. Unes institucions polítiques que, certament, poden decidir no elaborar una regulació uniforme i harmonitzada, deixant, per tant, la protecció d'aquests objectius legítims a les mans dels estats membres i refusant l'establiment d'un mercat interior «pur» en aquells àmbits i acceptant, així, un mercat fragmentat.

La conseqüència evident de l'anterior és que el TFUE no imposa la consecució d'un mercat únic al territori de la Unió, ja que deixa a les mans d'institucions de caràcter polític la decisió sobre si les normes que regeixen el funcionament d'aquest mercat han de ser uniformes o, al contrari, poden romandre diferents a pesar de suposar un obstacle a la lliure circulació, atès que en absència d'harmonització estan justificades.

## 1.2 Els mecanismes de garantia que la competència no serà distorsionada al mercat interior en el TFUE

El mercat interior europeu, a més de caracteritzar-se per la supressió, entre els estats membres, dels obstacles a la lliure circulació de mercaderies, persones, serveis i capitals —ja sigui mitjançant la seva prohibició, o bé mitjançant la seva supressió a través de l'acció normativa harmonitzadora de la Unió— es caracteritzaria en segon lloc per ser un espai amb un règim jurídic que garanteix que la competència no es troba falsejada. El falsejament es pot produir també com a conseqüència de l'existència d'una diversitat de normes aplicables a les activitats econòmiques que es desenvolupen dins el mercat interior.

Albertí afirma que per constituir un espai econòmic unitari no n'hi ha prou amb establir la llibertat de circulació dels factors de producció i que no es discrimini les persones o els productes per raó de la seva procedència territorial; també cal que les regles bàsiques que disciplinen les activitats econòmiques siguin uniformes a tot el territori ja que només així pot existir efectivament el mercat únic. Per aconseguir-ho es concedeixen al centre polític els poders necessaris per dictar les normes principals que regulen les activitats econòmiques.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> STJ de 5 d'octubre de 2000, afer sobre publicitat de tabac, C-376/98, Rec. 2000, p. I-8419, apartats 84 i 95, i STJ de 10 de desembre de 2002, afer sobre fabricació, presentació i venda dels productes del tabac, C-491/01, Rec. 2002, apartat 43. En aquest epígraf ens interessa únicament analitzar les mesures comunitàries que contribueixen de fet a eliminar obstacles al comerç entre els estats membres (a) ja que estem tractant de la supressió d'aquells obstacles al comerç entre estats membres que hagin superat les prohibicions establertes al TFUE quan reconeix les quatre llibertats [sens perjudici d'analitzar en un epígraf posterior aquelles mesures comunitàries que suprimeixen les distorsions sensibles de la competència (b)]

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

El TFUE, amb la finalitat de promoure un règim que garanteixi que la competència no serà falsejada al mercat interior preveu la supressió de les distorsions de la competència a través de dos mecanismes:

a) Mitjançant aquells preceptes del TFUE que prohibeixen tant les distorsions de la competència generades pels operadors econòmics privats que actuen al mercat com les distorsions de la competència generades per determinats actes dels poders públics estatals. Aquests preceptes constitueixen mecanismes d'integració negativa.

b) Mitjançant aquells preceptes del TFUE que atribueixen a la Unió la competència o capacitat de fer caure les distorsions de la competència que, sense estar prohibides pels preceptes anteriors, però, es generen per la potencial diversitat normativa que deriva de l'existència d'una pluralitat d'estats amb capacitat reguladora. Aquests preceptes constitueixen mecanismes d'integració positiva.

### *a) Els mecanismes d'integració negativa*

El TFUE prohibeix tant les pràctiques restrictives de la competència realitzades per les empreses com les restriccions de la competència generades per les subvencions dels poders públics estatals a les empreses que operen al mercat europeu. Es tracta, d'una banda, de l'establiment de prohibicions adreçades als operadors econòmics que actuen al mercat i, d'una altra, de l'establiment d'una prohibició, adreçada als poders públics estatals, d'atorgar ajuts a les empreses.

El TFUE prohibeix, en primer lloc, els acords entre empreses, les decisions d'associacions d'empreses i les pràctiques concertades que puguin afectar el comerç entre els estats membres i que tinguin per objecte o efecte impedir, restringir o falsejar el joc de la competència dins del mercat comú (art. 101 TFUE). El TFUE prohibeix, igualment, els abusos de posició dominant de les empreses al mercat comú (art. 102 TFUE). El TFUE estableix, així mateix, un principi d'igualtat de tracte entre empreses públiques i privades (art. 106 TFUE). El TFUE declara, finalment, incompatibles amb el mercat comú, en la mesura que afectin els intercanvis comercials entre estats membres, els ajuts atorgats pels estats que falsegin o amenacin de falsejar la competència (art. 107 TFUE).

Amb tots aquests preceptes es tracta d'evitar que, per les conductes de les empreses o per l'acció dels estats mitjançant ajuts públics o l'atribució de determinats avantatges injustificats a les empreses públiques, s'estableixin noves barreres que dificultin la lliure circulació de factors de producció, com també que es generin distorsions de la competència entre les empreses que actuen al mercat europeu.

Tanmateix, aquests preceptes no garanteixen l'absència de qualsevol distorsió de la competència, ja que en el cas dels poders públics únicament els prohibeixen les distorsions generades pels ajuts públics o per l'actuació de les empreses públiques al mercat, però no totes aquelles distorsions que es poden generar com a conseqüència de l'exercici per l'Estat de les seves competències reguladores.

### *b) Els mecanismes d'integració positiva*



El TFUE atribueix a la Unió Europea la competència per suprimir les distorsions de la competència que derivin de l'existència d'una pluralitat reguladora, conseqüència de l'exercici pels estats membres de les seves pròpies competències materials.

La mera existència, actual o potencial segons la jurisprudència europea, de divergències entre les regulacions nacionals pot dificultar en supòsits concrets, com analitzàvem en un epígraf anterior, la lliure circulació de mercaderies, persones, serveis i capitals, que ha desembocat en la prohibició d'aquelles mesures que no es puguin justificar en una promoció proporcionada d'un objectiu legítim.

Però la mera existència de divergències entre les regulacions nacionals pot provocar també distorsions de la competència sense obstaculitzar la lliure circulació, dificultant d'aquesta manera el funcionament del mercat interior. En aquest darrer supòsit, però, el TFUE no ha prohibit les mesures estatals que distorsionen la competència i, per tant, no cal que aquestes mesures es justifiquin en la promoció proporcionada d'un objectiu legítim, ja que es tracta de mesures plenament lícites. El TFUE simplement ha atribuït a la Unió la competència per suprimir aquestes distorsions.<sup>12</sup>

Es produeix una distorsió de la competència quan les diferents regulacions nacionals difereixen en els requisits que imposen per a l'exercici de les activitats que preveuen, la qual cosa pot repercutir directament o indirectament en les condicions de competència de les empreses afectades. Això implica que una mesura d'un poder públic nacional pot provocar una distorsió de la competència sense produir necessàriament alhora una obstaculització de la lliure circulació del comerç entre estats membres, ja que es tracta de mesures que regulen, per exemple, els requisits o les condicions de fabricació sense afectar, però, els requisits o les característiques que han de tenir els productes que es traslladen al mercat comú.<sup>13</sup>

El fet de no trobar-se prohibida comporta que les regulacions nacionals que distorsionen la competència, al contrari del que succeeix amb les regulacions que obstaculitzen la lliure circulació, no s'han de justificar en la promoció proporcionada d'un objectiu legítim per poder ser considerades conformes al dret de la Unió Europea.

Així, si bé és cert que les regulacions nacionals que distorsionen la competència no estan prohibides pel TFUE —com sí que ho estaven les regulacions nacionals que obstaculitzen injustificadament el comerç intracomunitari—, tanmateix, pel fet de ser regulacions que posen en risc el funcionament del mercat interior, poden ser harmonitzades per la Unió.

L'harmonització jurídica que, per tant, permeten els articles 113, 114, 53 o 62 del TFUE (antics articles 94, 95, 47 i 55 del TCE) pretén eliminar les desigualtats de tracte dels ciutadans que deriven de la falta d'uniformitat com

<sup>12</sup> L'advocat general Geelhoed assenyalava que aquesta situació es presenta quan la disparitat entre els requisits d'acord amb els quals els operadors poden participar en el mercat comú als diferents estats membres és massa gran, com a conseqüència de la discrepància entre els requisits nacionals a què està sotmesa, per exemple, la fabricació de determinats béns. Precisament en aquests casos, una mesura d'harmonització basada en l'article 114 TFUE pot suprimir aquesta disparitat.

<sup>13</sup> Per a l'advocat general Geelhoed «es tracta de mesures que —si les adoptés el legislador nacional— no constituirien una restricció quantitativa a la importació o a l'exportació. Es tracta, en efecte, de mesures que regulen requisits de fabricació, diferents de les normes aplicables als productes al mateix mercat comú». Conclusions de l'advocat general Geelhoed en l'afer sobre fabricació, presentació i venda dels productes del tabac presentades el 10 de setembre de 2002, C-491/01, apartat 149. Així, per exemple, la disparitat de nivells de contaminació permesos a les indústries en els diferents estats membres pot crear una distorsió a la competència sense, alhora, suposar una obstaculització al comerç intracomunitari prohibida pel TFUE, STJd'11 de juny de 1991, afer *diòxid de titani*, C-300/89, Rec. 1991, p. I-2867. En aquests casos es restringeixen de manera anàloga les possibilitats de competir dins d'un estat membre de tots els operadors econòmics situats en aquest estat i el que passa és que les diferències existents entre les regulacions dels diferents estats membres poden distorsionar la competència que es produeix entre les empreses que operen en un estat respecte de les que operen en un altre.

a conseqüència de l'existència d'ordenaments estatals divergents quant al tractament normatiu d'idèntics supòsits de fet. No es pot donar igualtat de condicions competitives a l'interior d'un mercat si no hi ha una igualtat substancial en el contingut del dret «ordinador» d'aquest mercat. Únicament existirà un mercat únic si s'assegura als operadors econòmics una posició jurídica substancialment uniforme en tot l'espai econòmic sobre el qual es projecta el mercat comú, mitjançant l'eliminació d'aquelles disparitats jurídiques que, originades per la vigència territorial dels ordenaments jurídics estatals, falsegin les condicions de competència al seu interior.<sup>14</sup>

De tota manera, en absència d'una efectiva regulació comuna i uniforme dictada per la Unió Europea amb la finalitat de suprimir una distorsió de la competència, els Tractats permeten que puguin subsistir mesures estatals que com a conseqüència de l'existència d'una pluralitat reguladora tinguin com a efecte distorsionar la competència. Això implica que l'establiment d'un mercat interior caracteritzat per la supressió d'aquestes distorsions no s'imposa directament pel TFUE, sinó que el seu establiment es deixa a les mans de les institucions polítiques comunitàries. Les institucions polítiques poden decidir no elaborar una regulació uniforme, permetent, per tant, que siguin els estats membres els que estableixin les normes que han de regir l'exercici de l'activitat econòmica, i refusant, així, la Unió establir un àmbit territorial en el qual regeixin les mateixes normes. Refusant, en definitiva, a promoure un mercat en el qual els operadors econòmics tinguin una posició jurídica uniforme i, per tant, refusant l'establiment d'un mercat únic «pur».

Un cop analitzat en els seus trets fonamentals el model establert als Tractats europeus, es pot assolir una conclusió fonamental: els Tractats europeus no imposen directament la construcció d'un mercat interior amb les característiques assenyalades, ja que la realització efectiva d'aquest depèn, en bona mesura, de la voluntat política del Consell, al qual s'atribueixen, amb la participació que correspongui del Parlament Europeu, competències per promoure l'establiment i el funcionament del mercat interior, però sense imposar-li que les exerceixi efectivament.

La Directiva de serveis precisament tractaria de promoure l'establiment i el funcionament del mercat interior a través, d'una banda, de la prohibició als estats membres d'establir determinats requisits per poder accedir o exercir una determinada activitat de servei i, d'una altra, de la submissió d'aquelles condicions que estableixin els estats membres per a la prestació de serveis, ja sigui per mitjà d'un establiment o bé sense establiment, al fet de respectar el principi de proporcionalitat. Això suposa que la Directiva, d'una banda, suprimeix algun dels obstacles a la lliure circulació susceptibles de superar la prohibició establerta en el TFUE, per trobar-se justificats en la promoció proporcionada d'un objectiu legítim, i, d'una altra, pretén la submissió de totes aquelles regulacions estatals que condicionen la prestació de serveis sense obstaculitzar-la, i per tant susceptibles de representar una distorsió de la competència sense comportar simultàniament un obstacle a la lliure circulació, al principi de proporcionalitat.

Abans d'analitzar aquestes conseqüències de la Directiva de serveis, cal analitzar, però, la jurisprudència del Tribunal de Justícia en matèria de lliure prestació de serveis i llibertat d'establiment.

<sup>14</sup> Marx, F., *Funktion und Grenzen der Rechtsangleichung nach Art. 100 EWG-Vertrag*, Colònia-Berlín-Bonn-Munic, 1976, p. 139 i seg., a Gondra Romero, J. M., «Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea (Una aproximación al proceso de integración del Derecho en el ámbito de la Comunidad Europea desde una perspectiva sistemático funcional)», a *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, dir. per García de Enterría, E., González Campos, J. D., i Muñoz Machado, S., Madrid, Civitas, 1986, p. 294 i seg. No obstant això, el Tribunal de Justícia ha posat límits a la capacitat reguladora de la Unió Europea per adoptar aquelles mesures harmonitzadores que tinguin com a objectiu la supressió de les distorsions de la competències, ja que ha considerat que una distorsió de la competència només legitimarà l'adopció d'una mesura harmonitzadora fonamentada en l'article 114 del TFUE si es tracta d'una distorsió de la competència «sensible», STJ de 5 d'octubre de 2000, apartat 107. Vegeu de la Quadra-Salcedo Janini, T., *El sistema europeo de distribución de competencias*, Civitas, 2006.

### III. Dues interpretacions contradictòries de l'objectiu i l'abast de les llibertats bàsiques del mercat interior

En analitzar els mecanismes de garantia del mercat interior en l'epígraf anterior hem assumit que les anomenades llibertats bàsiques del mercat interior tenen com a objectiu fonamental proscriure el proteccionisme econòmic i no garantir la llibertat d'exercici de l'activitat econòmica.

Troblem en la doctrina, i també en la jurisprudència del Tribunal de Justícia,<sup>15</sup> dues interpretacions contradictòries de l'objectiu d'aquells preceptes del TFUE que garanteixen les llibertats anomenades bàsiques del mercat interior, entre les quals hi hauria la llibertat d'establiment i la lliure prestació de serveis.

D'una banda, la que entén que les llibertats bàsiques del mercat interior han de ser interpretades com una garantia general del lliure mercat davant les regulacions dels poders públics que restringeixen injustificadament el lliure accés o el lliure exercici de l'activitat econòmica.

D'una altra banda, la que entén que el que es tracta de garantir essencialment amb les llibertats bàsiques del mercat interior és que els estats membres no col·loquin injustificadament en una situació d'avantatge els operadors econòmics nacionals davant els seus competidors forans.

En cas que s'accepti la primera interpretació, la funció dels preceptes que garanteixen les llibertats bàsiques del mercat interior seria similar a la funció que en els ordenaments nacionals exerceixen els drets fonamentals econòmics, entre els quals destacaria la llibertat d'empresa.

Aquesta primera interpretació implicaria considerar que, en principi, queda prohibida qualsevol mesura nacional que —encara que no tingui efectes diferenciats, de fet o de dret, sobre els estrangers respecte dels nacionals en l'accés a una activitat econòmica o en el seu exercici— pugui fer menys atractiu l'exercici per part dels ciutadans de la Unió d'una activitat econòmica.

Tal com recordava l'advocat general Tizzano, aquest efecte dissuasiu es produeix sempre que una determinada mesura nacional retalla els marges de rendibilitat d'una activitat econòmica, la qual cosa fa també que el seu exercici sigui menys atractiu.

Certament, interpretat d'aquesta manera, gairebé qualsevol mesura dels poders públics constituiria un obstacle a la llibertat d'establiment o a la lliure prestació de serveis senzillament a causa de les seves potencials conseqüències negatives sobre la *conveniència econòmica d'exercir* determinades activitats professionals, obstacle que esdevindria prohibit si no es justifica prou en la promoció proporcionada d'un objectiu legítim. Aquesta interpretació permetria, tal com denunciava Tizzano, als operadors econòmics —tant nacionals com estrangers— utilitzar abusivament les llibertats del mercat interior per oposar-se a qualsevol mesura nacional que, pel simple fet

---

<sup>15</sup> Tizzano ja assenyalava en les seves Conclusions de 25 de març de 2004, en l'afer *CaixaBank*, C-442/02, que la jurisprudència del Tribunal de Justícia relativa a la llibertat d'establiment i, en general, a la llibertat de circulació de les persones econòmicament actives dins el mercat interior no és del tot unívoca i es presta a servir de base a interpretacions diferents, per no dir contràries.

de regular les modalitats d'exercici d'una activitat econòmica, pugui reduir, en darrera instància, els marges de benefici i, per això, la conveniència d'exercir l'activitat econòmica esmentada.<sup>16</sup>

La segona interpretació, que és la que creiem correcta,<sup>17</sup> considera, al contrari, que el propòsit essencial dels preceptes que reconeixen les llibertats bàsiques del mercat interior no és garantir el lliure mercat i els intercanvis comercials davant les regulacions dels poders públics que els restringeixin injustificadament, sinó que el seu objectiu és «més modest», és a dir, és garantir que els estats membres no beneficiïn o avantatgin injustificadament els seus operadors econòmics davant la competència dels de fora. Per això el criteri determinant per considerar que una regulació obstaculitza aquestes llibertats serà si té un efecte restrictiu més oneros, de fet o de dret, sobre l'exercici d'una activitat econòmica per part dels operadors econòmics forans que per part dels operadors econòmics nacionals.

Aquests efectes restrictius més onerosos sobre els operadors econòmics provinents de fora de l'Estat membre en el qual s'efectua la regulació que sobre els operadors econòmics provinents de dins poden tenir el seu origen: bé que la regulació territorial estableix règims jurídics diferenciats en funció de l'origen de l'operador, on és més oneros el règim aplicable als operadors provinents de fora que l'aplicable als provinents de dins —és el que se sol denominar mesures discriminatòries—; o bé que la regulació territorial, malgrat ser aplicable indistintament, en no establir règims diferenciats segons l'origen, té però *de facto* aquest efecte diferenciat. En aquest cas, els efectes diferenciats poden derivar, al seu torn, de dues causes: ja sigui, com a conseqüència de l'estructura del mercat, que l'accés o l'exercici d'una activitat econòmica per operadors forans es vegi més restringida que l'accés o l'exercici d'una activitat econòmica pels operadors nacionals,<sup>18</sup> o bé que la necessitat d'adaptar-se a una multiplicitat reguladora creï costos més onerosos a l'accés o a l'exercici d'una activitat econòmica pels operadors econòmics forans que a l'accés o a l'exercici d'una activitat econòmica pels operadors nacionals.<sup>19</sup>

La interpretació referida és l'única coherent amb els termes del TFUE, la norma fonamental de l'ordenament de la Unió Europea, que en prohibir les *mesures d'efecte equivalent a una restricció quantitativa* (art. 34 i 35 del TFUE) no està sinó prohibint aquelles mesures amb els mateixos efectes que les quotes, paradigma de les mesures amb efectes proteccionistes; que en garantir la llibertat d'establiment (art. 49 TFUE) la defineix com el dret d'accés a les activitats no assalariades i el seu exercici «*en les condicions fixades per la legislació del país d'establiment per als seus nacionals*» i que en garantir la lliure prestació de serveis (art. 56 del TFUE) la caracteritza com «*la prohibició de restriccions per als nacionals dels estats membres establerts en un estat que no és el del destinatari de la prestació*».

<sup>16</sup> Conclusions de l'advocat general Tizzano de 25 de març de 2004, en l'afer *CaixaBank France*, C-442/02.

<sup>17</sup> Considerem que la funció dels preceptes que garanteixen les llibertats bàsiques ha de ser equivalent a la funció que compleix, per exemple, la Clàusula de Comerç dormant als Estats Units, és a dir, la funció de garantir la lliure circulació de mercaderies, la funció de garantir que no es produeixin «obstacles sobre el comerç intracomunitari» injustificats. Una obstaculització que només produïrien aquelles regulacions, fonamentalment estatals, que tenen un efecte restrictiu més oneros sobre les importacions que sobre la comercialització de la producció nacional. De la Quadra-Salcedo Janini, T., *Unidad Económica y descentralización...*, *op. cit.*

<sup>18</sup> Això és el que passaria, per exemple, en l'afer resolt per la STJ d'11 de març de 2010, afer *Attanasio*, C-384/08, on es plantejava la conformitat amb la llibertat d'establiment garantida en el TFUE d'una normativa regional italiana que establia distàncies mínimes obligatòries entre les estacions de servei de distribució de carburants. La mesura és indiferent però és una normativa que, en aplicar-se a estacions de servei noves i no a les existents abans de la seva entrada en vigor, imposa requisits a l'accés a l'activitat de distribució de carburants i afavoreix d'aquesta manera els operadors que ja són presents al territori italià, normalment italians, i dissuadeix, fins i tot impedeix, l'entrada al mercat italià d'operadors procedents d'altres estats membres.

<sup>19</sup> Això és el que succeïa en tots aquells afers en què per poder establir-se o deixar un servei s'exigeix obtenir una autorització si es complien uns determinats requisits.

S'arriba, per tant, a aquesta interpretació de les llibertats bàsiques del mercat interior analitzant la literalitat dels preceptes que les recullen, com també la finalitat per la qual van ser incorporades a l'ordenament jurídic, però, a més, analitzant-les en el conjunt del sistema normatiu de la Unió Europea i no només d'una manera aïllada.

En efecte, més enllà de la literalitat de la norma i de quina era la voluntat originària dels «pares fundadors» de la Unió, aquesta segona interpretació és, així mateix, l'única coherent amb la voluntat més recent del «constituent» europeu que en l'última reforma realitzada, la de Lisboa, ha introduït després de més de 50 anys de procés d'integració, una Carta de drets fonamentals en la qual es recullen drets econòmics que s'imposen, però, de manera limitada als estats membres. Així, entre els drets recollits a la Carta es troba el dret a la llibertat d'empresa, que si bé tindria com a funció fonamental promoure el lliure exercici de l'activitat econòmica, el «constituent» europeu només ha volgut que es promogui davant els estats membres quan apliquen el dret de la Unió. Això ja passava abans de tenir un catàleg explícit de drets com és la Carta. En l'ordenament jurídic de la Unió Europea, i a diferència del que succeeix, per exemple, en l'ordenament dels Estats Units d'Amèrica, la garantia d'aquells drets individuals econòmics que promouen la llibertat dels intercanvis comercials només es trobaria recollida de manera parcial en la norma fonamental «federal».

Els drets econòmics recollits en el dret de la Unió Europea, ja sigui com a principis generals del dret (art. 6.3 TUE) o bé com a drets explícits en la, ja vigent, Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea (art. 6.1 TUE),<sup>20</sup> no constituïrien un límit general al que poden fer els poders públics dels estats membres. En efecte, perquè aquests puguin ser sotmesos al control del jutge europeu prenent com a paràmetre els drets fonamentals continguts en el dret de la Unió Europea, la seva activitat ha d'estar connectada amb el dret europeu.

Així, d'acord amb la jurisprudència del Tribunal de Justícia, els estats membres tenen l'obligació de respectar els drets fonamentals continguts en el dret de la Unió Europea només en les seves actuacions lligades a l'ordenament europeu.<sup>21</sup>

Tanmateix, mentre es reconeix la necessitat que els estats membres en les seves actuacions lligades a l'ordenament europeu quedin vinculats pels drets fonamentals comunitaris, el Tribunal de Justícia ha reconegut la seva incapacitat per sotmetre les mesures dels estats membres al control de conformitat amb el dret originari quan no existeix una connexió entre l'activitat estatal i l'ordenament de la Unió Europea.

La nova Carta no fa sinó ratificar la jurisprudència del Tribunal en aquest punt ja que l'article 51.1 estableix que les seves disposicions «estan adreçades a les institucions, òrgans i organismes de la Unió així com als estats membres *únicament quan apliquin el dret de la Unió*». Això suposa l'existència d'àmbits reguladors estatals

<sup>20</sup> L'article 15 de la Carta estableix, per exemple, que «tot ciutadà de la Unió té llibertat per buscar una feina, treballar, establir-se o deixar serveis en qualsevol Estat membre» i l'article 16 que «es reconeix la llibertat d'empresa de conformitat amb el dret de la Unió i amb les legislacions i pràctiques nacionals». En el cas de l'article 15.2 es recull el contingut de les llibertats bàsiques del mercat interior desenvolupades en el TFUE per la qual cosa ens recorda Martín y Pérez de Nanclares, «la interpretació d'aquest apartat segon estarà totalment condicionada per la regulació que el Tractat realitzi de les llibertats fonamentals. Això és així perquè, en aplicació del que preveu l'art. 52.2, quan els drets reconeguts a la Carta s'esmenten en altres parts del dret originari s'hauran d'exercir en les condicions i dins dels límits definits per ell». Martín y Pérez de Nanclares, J., «Art. 15. Libertad profesional y derecho a trabajar», a Mangas Martín, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Ed. Fundació BBVA, 2008, p. 326.

<sup>21</sup> Recordem que això es produeix en dos supòsits: 1) quan els estats membres actuen com a aplicadors del dret comunitari (STJ, afer *Wachauf* [C-5/88], de 13-7-1989) i 2) quan els estats membres pretenen la derogació d'un precepte comunitari acudint a una de les excepcions que hi ha previstes (STJ, afer *ERT* [C-260/89], de 18-6-1991).

exempts del control del jutge europeu prenent com a paràmetre els drets fonamentals reconeguts en l'ordenament jurídic de la Unió Europea, cosa que no passa, per exemple, en el sistema nord-americà, en el qual els drets fonamentals econòmics recollits a la Constitució federal s'imposen a *tota* actuació dels poders públics estatals.<sup>22</sup>

És a dir, quan el «constituent» europeu ha tingut l'oportunitat de promoure el lliure exercici de l'activitat econòmica mitjançant la submissió de les regulacions de tots els poders públics, incloent-hi els estatals quan exerceixen competències pròpies, al control del jutge europeu adoptant com a paràmetre els drets econòmics, no ha volgut fer-ho. I precisament davant la voluntat inequívoca del «constituent» europeu que nega la submissió dels poders nacionals, excepte quan apliquin el dret de la Unió, a la llibertat d'empresa, alguns pretenen interpretar les llibertats bàsiques del mercat interior com un dret a la llibertat d'empresa *bis* davant els estats membres. Una interpretació sistemàtica i teleològica d'aquells preceptes que garanteixen la lliure circulació i d'aquells que garanteixen la llibertat d'empresa ha de portar a rebutjar una construcció tal i interpretar que és la proscripció del proteccionisme l'objectiu dels primers, mentre que la garantia del lliure exercici de l'activitat econòmica és l'objectiu dels segons.

Que és la proscripció de la diferència d'efectes l'objectiu de les llibertats bàsiques del mercat interior sembla que ha estat assumit pel Tribunal de Justícia en alguna de la jurisprudència més recent tant en matèria de lliure prestació de serveis com en matèria de llibertat d'establiment.

## 1. La jurisprudència del Tribunal de Justícia sobre lliure prestació de serveis

Els efectes diferenciats —més restrictius sobre els operadors econòmics de fora que sobre els nacionals— com a element determinant a l'hora de considerar una mesura estatal com un obstacle a la lliure prestació de serveis sembla haver-se afirmat de manera clara en alguna jurisprudència del Tribunal de Justícia sobre l'article 56 del TFUE.

Així, per exemple, serà precisament l'absència d'aquests efectes diferenciats sobre els operadors forans el que determinarà que el Tribunal de Justícia consideri en la STJ de 8 de setembre de 2005, afer *Mobistar i Belgacom Mobile*, C-544/03 i C-545/03, que els impostos establerts per determinats municipis belgues sobre antenes, pals i torres de difusió de telefonia no constitueixen un obstacle a la lliure prestació de serveis i per tant no és necessari

<sup>22</sup> Originàriament, als Estats Units el Bill of Rights, en què es troben recollits els drets fonamentals, només era aplicable als actes de la Federació. Les regulacions estatals no se sotmetien, així, en un primer moment al *judicial review* federal prenent com a paràmetre els drets fonamentals de les esmenes de 1791. Això no volia dir que l'actuació dels poders públics estatals no se sotmetés a aquells límits derivats del reconeixement de drets fonamentals a les constitucions dels estats federats. En efecte, l'actuació dels estats es podia sotmetre a un control de constitucionalitat per part de les jurisdiccions estatals i prenent com a paràmetre les taules de drets contingudes a les constitucions estatals. Precisament això és el que passaria actualment en el cas de la Unió Europea: les regulacions estatals no lligades a l'ordenament europeu es veuran sotmeses al control realitzat pels òrgans jurisdiccionals nacionals prenent com a paràmetre els drets fonamentals econòmics reconeguts en el dret intern, a les constitucions nacionals, però no es veuran sotmeses al control realitzat pel jutge europeu prenent com a paràmetre de control els drets fonamentals continguts en el dret de la Unió Europea (ja sigui la Carta o els principis generals del dret).

Potser sigui la impossibilitat de sotmetre a l'escrutini del jutge europeu determinades regulacions estatals sense cap vinculació amb l'ordenament europeu, prenent com a paràmetre els drets fonamentals econòmics de l'ordenament de la Unió Europea, la qual cosa porta alguns sectors doctrinals a confondre, conscientment o no, l'objectiu de la garantia de les llibertats bàsiques del mercat interior i a suposar que el que pretendrien aquests preceptes és garantir les llibertats i els drets econòmics. Sobre tot això, en relació amb la lliure circulació de mercaderies, vegeu de la Quadra-Salcedo Janini, T., «La libre circulación de mercancías en los sistemas políticos descentralizados ¿Garantía de la libertad económica o proscripción del proteccionismo?», REDE, núm. 35, 2010.

comprovar si aquestes mesures es podien justificar en l'existència d'una raó imperiosa d'interès general, ja que la condició per realitzar la comprovació és que la mesura constitueixi una restricció a la lliure prestació de serveis.

Per al Tribunal de Justícia l'article 56 del TFUE del Tractat «no només exigeix eliminar qualsevol discriminació per raó de la nacionalitat en perjudici del prestador de serveis establert en un altre estat membre, sinó suprimir també qualsevol restricció, encara que s'apliqui indistintament als prestadors de serveis nacionals i als d'altres estats membres, *quan pugui prohibir o obstaculitzar en major mesura les activitats del prestador establert en un altre estat membre*, en el qual presta legalment serveis anàlegs».<sup>23</sup>

El Tribunal de Justícia assenyala que la lliure prestació de serveis reconeguda en el TFUE «s'oposa a l'aplicació de qualsevol normativa nacional que dificulti més la prestació de serveis entre estats membres que la purament interna en un estat membre. En canvi, l'article 56 del TFUE (llavors art. 49 del TCE) del Tractat no es refereix a mesures l'únic efecte de les quals consisteix a generar costos suplementaris per a la prestació en qüestió i que afecten de la mateixa manera la prestació de serveis entre estats membres i la interna en un estat membre».<sup>24</sup>

Precisament en un cas similar a *Mobistar i Belgacom Mobile*, en l'afer *Coster*, va ser l'existència d'efectes diferenciats el que va determinar que la mesura nacional sí que fos considerada un obstacle.

En efecte, en la STJ de 29 de novembre de 2001, afer *Coster*, C-17/00, es va plantejar la conformitat amb la lliure prestació de serveis garantida en el TFUE d'un impost municipal, també a Bèlgica, sobre les antenes parabòliques. En aquest cas, el Tribunal de Justícia va assenyalar que la creació d'un impost sobre les antenes parabòliques té com a efecte imposar a la recepció d'emissions televisades difoses per satèl·lit (moltes d'elles foranes) un gravamen que no recau sobre la d'emissions transmeses per cable (majoritàriament nacionals), ja que aquest últim mitjà de recepció no està subjecte a un impost similar a càrrec del destinatari.

La raó fonamental perquè es produïssin aquests efectes més onerosos sobre els prestadors de serveis estrangers que sobre els nacionals era que mentre que les emissions televisades ofertes per organismes de radiodifusió establerts a Bèlgica gaudeixen legalment d'un accés il·limitat a la distribució per cable en aquest Estat membre, no succeeix així amb les emissions ofertes per organismes de radiodifusió establerts en alguns altres estats membres. D'aquesta manera, el nombre de cadenes estrangeres que es poden difondre per cable a Bèlgica és particularment limitat. Se'n desprèn que la majoria de les emissions de televisió difoses a partir dels estats membres esmentats tan sols poden ser captades per antenes parabòliques. En circumstàncies com aquestes, el Tribunal de Justícia va considerar que l'impost municipal analitzat pot dissuadir els consumidors d'intentar accedir a les emissions foranes, ja que la recepció d'aquestes emissions està subjecta a un gravamen que no recau sobre la de les emissions ofertes per organismes de radiodifusió establerts a Bèlgica.

En aquesta línia, per a l'advocat general Poiares Maduro constitueix una restricció a les llibertats de circulació qualsevol política nacional que doni lloc a tractar les situacions transnacionals de manera menys favorable que les situacions purament nacionals. Amb aquesta excepció, els estats membres tenen llibertat per regular l'activitat econòmica al seu territori, ja que l'aplicació de les llibertats de circulació no ha de desembocar necessàriament en una harmonització normativa.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Apartat 29.

<sup>24</sup> Apartat 30. La doctrina reproduïda suposa, en bona mesura, l'aplicació, en l'àmbit de la lliure prestació de serveis, de la doctrina establerta al seu dia en la STJ de 24 de novembre de 1993, afer *Keck*, en l'àmbit de la lliure circulació de mercaderies.

<sup>25</sup> Conclusions de l'advocat general Poiares Maduro presentades l'1 de febrer de 2006 en l'afer *Cipolla i altres*, C-94/04.

Maduro recorda que el tracte menys favorable de les situacions transnacionals pot adoptar diverses formes. Sovint es manifesta com un fre a l'accés al mercat nacional, ja sigui perquè protegeix les posicions adquirides al mercat esmentat, o bé perquè dificulta la participació en el mercat dels prestadors de serveis transfronterers.

El fet que el Tribunal de Justícia hagi negat en alguna ocasió (vegeu l'afer ja comentat *Mobistar i Belgacom Mobile*) la necessitat de sotmetre al control de proporcionalitat determinades mesures estatals indistintament aplicables amb efectes indiferents implica considerar que la lliure prestació de serveis no és un precepte garantidor del lliure exercici de l'activitat econòmica, sinó garantidor de l'absència de proteccionisme econòmic.

## 2. La jurisprudència del Tribunal de Justícia sobre llibertat d'establiment

Una mica menys clar ha estat el Tribunal de Justícia a l'hora d'acceptar que siguin els efectes diferenciats —més restrictius sobre els operadors econòmics de fora que sobre els nacionals— l'element determinant a l'hora de considerar una mesura estatal com un obstacle a la llibertat d'establiment, si bé això es podria deduir d'algun dels seus pronunciaments.

En la STJ de 5 d'octubre de 2004, afer *CaixaBank*, C-442/02, el Tribunal de Justícia es va plantejar si la llibertat d'establiment s'oposa a una normativa francesa que prohibeix a una entitat de crèdit, filial d'una societat d'un altre Estat membre, que remuneri els comptes corrents, oberts per residents a França.

Després de recordar que l'article 49 del TFUE exigeix la supressió de les restriccions a la llibertat d'establiment, el Tribunal de Justícia analitza els efectes diferenciats que té la mesura sobre els operadors econòmics forans.

Segons el Tribunal de Justícia, la prohibició de remunerar els comptes corrents establerta en la normativa francesa constitueix per a les societats d'altres estats membres un obstacle important per a l'exercici de les seves activitats per mitjà d'una filial en aquest últim Estat, que afecta el seu accés al mercat. Efectivament, aquesta prohibició obstaculitza la captació de fons del públic per part de les entitats de crèdit, filials de societats estrangeres, en privar-les de la possibilitat de competir d'una manera més eficaç, mitjançant la remuneració dels comptes corrents, amb les entitats de crèdit implantades tradicionalment a l'Estat membre d'establiment, dotades d'una extensa xarxa d'agències i que disposen, per tant, de més facilitats que les filials esmentades per captar fons del públic. La prohibició francesa de remunerar comptes corrents té com a efecte fer més difícil per a les empreses de crèdit estrangeres competir al mercat francès, on les empreses de crèdit nacionals tenen l'avantatge de tenir una xarxa de sucursals.

El Tribunal sembla que acull la concepció de l'advocat general Tizziano en les seves Conclusions de 25 de març de 2004, en l'afer *CaixaBank*, C-442/02, en on va afirmar que li resulta difícil qualificar de restriccions contràries al Tractat unes normes nacionals que regulen l'exercici d'una activitat econòmica *sense condicionar-hi directament l'accés i sense establir cap discriminació* ni de fet ni de dret, entre els operadors nacionals i els



operadors estrangers,  *simplement perquè redueixen la conveniència econòmica de l'exercici de l'activitat esmentada,*<sup>26</sup>

La major part dels afers plantejats davant el Tribunal de Justícia via qüestió prejudicial són afers on les mesures estatals qüestionades tenen, en la pràctica, un efecte restrictiu més oneros sobre els operadors econòmics de fora que sobre els locals i per això el Tribunal de Justícia exigeix que els poders públics justifiquin la seva adopció en la promoció proporcionada d'un objectiu legítim. Tanmateix, per poder afirmar amb rotunditat que el Tribunal de Justícia manté la concepció que són els efectes diferenciats els que determinen l'existència d'un obstacle a la llibertat d'establiment caldria trobar un afer en el qual una mesura estatal no tingués aquests efectes diferenciats i per això el Tribunal renunciés a controlar-ne la justificació, com va fer en la sentència *Mobistar i Belgacom Mobile* en matèria de lliure prestació de serveis.

Aquest afer podria ser el que ha resolt la recent STJ d'1 de juliol de 2010, afer *Sbarigia*, C-393/08, on es dilucidava la conformitat amb el TFUE d'una normativa italiana que regulava els horaris d'obertura i els dies de tancament de les farmàcies.

Per al Tribunal de Justícia un nacional d'un Estat membre que exerceix, de manera estable i continuada, una activitat professional en un altre Estat membre està comprès dins de l'àmbit d'aplicació de les disposicions del capítol del Tractat CE relatiu al dret d'establiment. No obstant això, en el cas concret la farmàcia en qüestió és un establiment permanent a la zona per als vianants del centre de Roma, la titular de la qual ja duu a terme una activitat professional contínua. Per tant, segons el Tribunal de Justícia, l'exercici del dret d'establiment no es qüestiona i, per tant, no entra a controlar si la mesura es troba o no justificada en la promoció d'un objectiu legítim.

L'afirmació del Tribunal en aquest punt és una mica confusa, ja que el fet d'exercir una activitat professional de manera efectiva mitjançant un establiment comercial no comporta que les regulacions nacionals sobre la manera d'exercir aquella activitat no siguin susceptibles d'obstaculitzar la llibertat d'establiment si tinguessin efectes diferenciats més onerosos sobre els operadors econòmics de fora que sobre els de dins.

És indubtable que l'obligació de tancar determinats dies de la setmana retalla els marges de rendibilitat de l'activitat econòmica i, d'aquesta manera, en fa també menys atractiu l'exercici. Tanmateix, el que semblaria que hi ha rere la negativa del Tribunal de Justícia a considerar la normativa referida com un obstacle a la llibertat d'establiment —necessitat, per tant, de justificació— seria que té efectes indiferents sobre tots els operadors econòmics.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Segons l'opinió de Tizzano, «aquesta interpretació permetria als operadors econòmics —tant nacionals com estrangers— utilitzar abusivament l'article 43 CE per oposar-se a qualsevol mesura nacional que, pel simple fet de regular les modalitats d'exercici d'una activitat econòmica, pugui reduir, en darrera instància, els marges de benefici i, per això, la conveniència d'exercir aquella activitat econòmica. Però això equivaldria a utilitzar el Tractat per assolir una finalitat que no li és pròpia: no el fet d'instaurar un mercat interior en el qual les condicions siguin similars a les d'un mercat únic i en el qual els operadors puguin circular lliurement, sinó el fet d'instaurar un mercat sense normes. O millor: un mercat en el qual les normes estan, en principi, prohibides, llevat que siguin necessàries i proporcionades per complir exigències imperatives d'interès general».

<sup>27</sup> L'advocat general Jääskinen, en les Conclusions presentades l'11 de març de 2010 en l'afer *Sbarigia*, no considera «que una norma regional com la Llei regional 26/2002, indistintament aplicable a totes les farmàcies situades a la regió de què es tracta, hagi de figurar entre la sèrie de mesures que prohibeixen, obstaculitzen o fan menys interessant l'exercici de la llibertat d'establiment per les empreses dels altres estats membres. Per tant, no es tracta d'una restricció de la llibertat d'establiment que respongui a la definició establerta per la jurisprudència del Tribunal de Justícia» referint-se a la STJ en l'afer *CaixaBank*. Segons el seu parer, «una conclusió contrària només seria possible si la legislació relativa als horaris d'obertura i a les vacances manqués de transparència o si la seva aplicació depengués d'una forma determinant de les facultats discrecionals de l'Administració». Precisament la Sra. Sbarigia plantejava la qüestió de si les modalitats de la presa de decisió, pel

Certament, el pronunciament del Tribunal de Justícia en l'afer *Sbarigia* no és tan clar com el que va fer en matèria de prestació de serveis en l'afer *Mobistar i Belgacom Mobile*, però la regulació italiana sobre horaris comercials no se sotmet al control de la seva justificació.

A *Sbarigia* es tractava d'un supòsit de normativa estatal que condiona l'exercici d'una activitat econòmica dels operadors econòmics ja establerts en un mercat nacional. Diferent és el supòsit d'aquelles normatives estatals que condicionen directament l'accés i l'establiment dels operadors econòmics i no solament l'exercici de l'activitat.

En aquest supòsit, la jurisprudència del Tribunal de Justícia ha considerat que l'exigència d'una autorització prèvia que, per exemple, reservi l'exercici d'una activitat a determinats operadors econòmics que responguin a requisits predeterminats constitueix un obstacle a la llibertat d'establiment. Un obstacle, en tot cas, susceptible de ser justificat en la promoció proporcionada d'un objectiu legítim.

La qüestió fonamental és llavors dilucidar les raons per les quals les autoritzacions prèvies s'han de considerar com a obstacles potencials a la llibertat d'establiment. Raons que no poden ser unes altres que els efectes diferenciats que les autoritzacions poden tenir sobre els operadors forans.

En aquest sentit, per a l'advocat general Poiates Maduro<sup>28</sup> les ingerències en les llibertats fonamentals es manifesten, sovint, com un fre a l'accés al mercat nacional que deriva de les mesures que protegeixen les quotes de mercat d'operadors ja establerts en aquell. L'exigència d'una autorització prèvia que reservi l'exercici d'una activitat a determinats operadors econòmics que responguin a requisits predeterminats constitueix una restricció. Més concretament, «quan una normativa nacional subjecta el desenvolupament d'una activitat a un requisit relacionat amb les necessitats econòmiques o socials d'aquesta activitat, constitueix una restricció ja que limita el nombre de prestadors de serveis». Aquestes limitacions són anàlogues a les que han estat considerades un obstacle a la llibertat de circulació de mercaderies per protegir les posicions d'operadors econòmics ja establerts i que d'aquesta manera obstaculitzarien l'accés al mercat nacional als productes originaris d'altres estats membres.

Les mesures que prohibeixen o que fan més difícil l'accés al mercat dels nous operadors econòmics limiten la flexibilitat del mercat corresponent en el seu estat actual i són, en conseqüència, per la seva naturalesa, contràries a les llibertats de circulació.<sup>29</sup> En congelar l'accés al mercat, les mesures de què es tracta tenen l'efecte que impedeixen establir-se als qui vulguin fer-ho i, per tant, impediran l'establiment als qui no siguin d'aquest Estat membre.<sup>30</sup>

---

que fa a les excepcions previstes a l'article 10, apartat 2, de la Llei regional núm. 26/2002, no atorguen una àmplia facultat discrecional a l'Administració.

<sup>28</sup> En les seves Conclusions presentades el 30 de setembre de 2009 en els afers *Blanco i Chao*, afers acumulats C-570/07 i C-571/07.

<sup>29</sup> Conclusions de l'advocat general Bot de 31 de gener de 2008, afer *Corporación Dermoeestética*, C-500/06, apartat 73.

<sup>30</sup> Això és el que succeïa precisament en el supòsit discutit en la STJ d'1 de juny de 2010, afers *Blanco i Chao*, C-570/07 i C-571/07, on es va plantejar la compatibilitat amb la llibertat d'establiment d'una normativa espanyola que fixava uns determinats requisits de població i de distància per a la concessió d'una autorització d'obertura d'una farmàcia.

Però el Tribunal de Justícia sembla acollir en la seva argumentació que són els costos suplementaris derivats de l'exigència de demanar una autorització els que determinarien que ens trobem davant un obstacle convertint així les llibertats bàsiques del mercat interior en una mena de dret a la llibertat d'empresa. En efecte, segons el Tribunal de Justícia constitueix una restricció en el sentit de l'article 49 TFUE una normativa nacional que supedita l'establiment d'una empresa d'un altre Estat membre a l'expedició d'una autorització prèvia, ja que pot entorpir l'exercici, per aquesta empresa, de la llibertat d'establiment, impeding-li desenvolupar lliurement les seves activitats a través d'un establiment permanent. Efectivament, l'empresa esmentada es podria veure obligada, per una banda, a suportar les càrregues administratives i financeres addicionals que implica cada expedició d'aquesta autorització. D'una altra, el sistema d'autorització prèvia exclou de l'exercici d'una activitat

Certament, no tota normativa que exigeixi una autorització per poder exercir una activitat econòmica és contrària al Tractat, ja que encara que es tracti, a priori, d'un obstacle al comerç pels seus efectes diferenciats pot ser susceptible de trobar justificació en la promoció proporcionada d'un objectiu legítim.<sup>31</sup>

Igual com es podria acceptar la presumpció que les exigències d'autoritzacions i llicències són obstacles a la llibertat d'establiment i, per tant, que estan sotmeses a la necessitat de justificar-se, es podria considerar en els mateixos termes totes aquelles normatives que entorpeixen l'establiment d'operadors econòmics mitjançant l'establiment de requisits com ara les distàncies mínimes, els mínims de població, etc.

És possible, per tant, mantenir que les mesures nacionals aplicables indistintament es pot presumir que constitueixen una restricció a la llibertat d'establiment en cas que condicionin directament l'accés a una activitat professional —perquè exigeixen una autorització o estableixen determinats requisits de distància, etc.—, però no quan es limitin a regular les condicions o modalitats d'exercici d'una activitat econòmica, sempre, és clar, que en aquest últim supòsit ho facin amb efectes, de fet o de dret, indiferenciats.<sup>32</sup>

#### IV. Els efectes desreguladors de la Directiva de serveis

La Directiva de serveis suposa l'intent de configuració d'un mercat interior dels serveis mitjançant la submissió de totes aquelles mesures dels estats membres que condicionin l'activitat econòmica de prestació de serveis al principi anomenat de proporcionalitat. La Directiva de serveis no es limitaria, per tant, a fer caure aquells obstacles a la lliure prestació de serveis i a la llibertat d'establiment que persisteixen a la prohibició establerta en el TFUE quan reconeix les llibertats bàsiques del mercat interior —com a conseqüència de promoure proporcionadament objectius legítims—, sinó que va bastant més lluny.

En efecte, la Directiva de serveis suposa, essencialment,<sup>33</sup> la submissió de totes aquelles disposicions nacionals que estableixen requisits i condicions per a l'accés o l'exercici d'una activitat econòmica de prestació de serveis, amb establiment permanent o sense i independentment de si es tracta o no de regulacions obstaculitzadores de la lliure prestació de serveis o de la llibertat d'establiment per tenir efectes diferenciats sobre els operadors econòmics forans, al respecte del principi de proporcionalitat.

---

per compte propi els operadors econòmics que no responguin a exigències predeterminades el compliment de les quals condiciona l'expedició d'aquesta autorització.

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

<sup>32</sup> S'ha de tractar de mesures nacionals que condicionin directament l'accés a una activitat professional exercida legalment, però, per altres operadors econòmics en el mercat, ja que una prohibició total d'exercir una determinada activitat no tindria efectes proteccionistes en afectar tots per igual. El problema és quan s'exigeix autorització per exercir una activitat que ja exerceixen uns altres, normalment nacionals. Sobre l'error d'utilitzar el criteri de l'accés al mercat quan de mesures de prohibició total es tracta vegeu de la Quadra-Salcedo Janini, T., «La libre circulación de...», *op. cit.*

<sup>33</sup> Diem essencialment ja que la Directiva de serveis implica, a més de la submissió de les normatives estatals sobre serveis, ja sigui a través d'un establiment o bé sense establiment, al respecte del principi de proporcionalitat, la prohibició directa d'establir determinats requisits per poder accedir o exercir una determinada activitat de servei.

La Directiva de serveis suposa la codificació de la llibertat d'empresa, la codificació del lliure exercici d'una activitat econòmica, en una norma de dret derivat com és una directiva que, com a conseqüència del principi de primacia, vincula els poders nacionals que, a partir de la seva entrada en vigor una vegada transposada, ja no solament han de justificar davant el jutge europeu que les seves regulacions obstaculitzadores del comerç intracomunitari promouen de manera proporcionada un objectiu legítim, sinó també que qualsevol regulació que condicioni i reglamenti la prestació de serveis, encara que no obstaculitzi el comerç intracomunitari, promou de manera proporcionada un objectiu legítim.<sup>34</sup>

Els efectes desreguladors de la nova norma europea provindrien de la submissió de les disposicions nacionals que regulen l'activitat econòmica de prestació de serveis al principi de proporcionalitat. En efecte, fins a l'entrada en vigor de la Directiva de serveis les regulacions nacionals que no queien sota les prohibicions establertes en les llibertats bàsiques del mercat interior per tenir efectes indiferents sobre tots els operadors econòmics no se sotmetien al control del jutge europeu, sinó al control del jutge nacional, que prenia com a paràmetre de control els drets fonamentals econòmics recollits a les respectives constitucions nacionals.

El nou paràmetre de control de les regulacions nacionals no obstaculitzadores del comerç interestatal deixa de ser nacional, la Constitució, per passar a ser europeu, la Directiva de serveis, i a més el nou paràmetre establert en la Directiva per jutjar les normes estatals —el judici de proporcionalitat— és, en la pràctica, més intens i incisiu que el paràmetre nacional utilitzat fins ara per jutjar aquestes mateixes normes, el judici de raonabilitat. La norma europea, en utilitzar la proporcionalitat allà on fins ara s'aplicava la raonabilitat, redueix l'àmbit de deferència al legislador. La Directiva comporta en aquest aspecte una desregulació potencial del mercat.

Així, mentre que en l'àmbit del control de les regulacions públiques prenent com a paràmetre els drets fonamentals econòmics continguts en les constitucions nacionals la doctrina i la jurisprudència dels diferents estats han propugnat la necessitat d'una certa deferència judicial envers el legislador,<sup>35</sup> la nova Directiva de serveis instauraria un control molt més incisiu a través del control de la proporcionalitat d'aquelles mateixes regulacions.

Un control més incisiu que, per cert, ni tan sols no ha estat l'adoptat, per exemple, pels tribunals nord-americans, on des dels anys quaranta del segle XX el Tribunal Suprem ha considerat, en sotmetre a control les regulacions dels poders públics, inclosos els estatals, prenent com a paràmetre els drets fonamentals econòmics, que «ha passat el dia en què aquest Tribunal emprava la clàusula del procés degut de la Catorzena Esmena per fer caure lleis estatals, reguladores de les condicions en els negocis o les indústries, perquè eren considerades poc sàvies, imprevisores o no harmòniques amb una determinada escola de pensament». I afirma que «per a la protecció contra els abusos del legislador la gent ha d'acudir a les eleccions, no als tribunals».<sup>36</sup>

<sup>34</sup> De la Quadra-Salcedo Janini, T., «¿Quo vadis...», cit., i de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, «La Directiva de servicios...», cit.

<sup>35</sup> Així per exemple, la interpretació que de les constitucions germànica o espanyola han realitzat els seus respectius tribunals constitucionals.

<sup>36</sup> *Williamson v. Lee Optical Co.* 348 U.S. 483 (1955). En el mateix sentit, per exemple, a *Ferguson v. Skrupa* 372 U.S. 726 (1962) el Tribunal Suprem, a través de l'opinió redactada pel jutge Black, afirma que el Tribunal ha revocat la jurisprudència *Lochner* i la seva progènie, que considerava que el procés degut permetia als tribunals declarar la inconstitucionalitat de les lleis que consideressin poc sàvies i ha reprès la interpretació constitucional original que els tribunals no substitueixen amb les seves creences econòmiques i socials el judici dels legislatius, que han estat elegits per promulgar lleis (372 U.S. 726 en 730). Ja no és problema del Tribunal si «el legislatiu adopta com a llibre de text [per realitzar les seves regulacions] Adam Smith, Herbert Spencer, lord Keynes o qualsevol altre» (372 U.S. 726 en 732). El Tribunal Suprem dels Estats Units no ha declarat inconstitucional una legislació econòmica per vulnerar el procés degut substantiu des de la Depressió. De la Quadra-Salcedo Janini, T., *Unidad Económica y descentralización...*, op. cit.

A partir dels anys trenta el control de raonabilitat s'erigeix als Estats Units en el criteri de control de les regulacions dels poders públics que se sotmeten al procés degut quan es tracta d'aplicar els límits derivats del reconeixement dels drets econòmics. El control de raonabilitat implica la utilització d'un escrutini molt lax ja que n'hi ha prou que es demostrï que la mesura del poder públic d'alguna manera té una relació raonable amb l'objectiu legítim que es vol promoure perquè la mesura sigui considerada que és conforme a la Constitució. La legislació que regula els assumptes econòmics és competència dels poders públics llevat que la norma sigui tan estúpida que ni tan sols no es pugui imaginar una justificació.<sup>37</sup>

A la Unió Europea no haurien estat, en aquest cas, unilateralment els jutges europeus els que han adoptat una determinada escola de pensament, més desreguladora, en controlar l'actuació dels poders públics estatals, ni tan sols no hauria estat una modificació del dret originari, sinó que hauria estat el dret derivat, la Directiva de serveis, la que ha adoptat una escola de pensament desreguladora, ja que és aquesta norma la que sotmet les regulacions dels estats membres a un control jurisdiccional més incisiu que el de simple raonabilitat.<sup>38</sup>

Certament, això és perfectament legítim que es faci, ja que és una decisió del legislador de la Unió, però no és de rebut que una decisió de tanta transcendència se'ns intenti vendre des de determinats sectors doctrinals, com si es tractés d'una simple codificació del que ja hi havia en la jurisprudència sobre les llibertats bàsiques del mercat interior.

---

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

<sup>38</sup> Control més incisiu que ni tan sols no és l'utilitzat pel propi Tribunal de Justícia quan es tracta de controlar la conformitat de les regulacions realitzades per les institucions europees amb els drets fonamentals econòmics europeus. Sobre la deferència del Tribunal de Justícia a l'hora de controlar fent servir els drets econòmics europeus vegeu de la Quadra-Salcedo Janini, T., «El Derecho constitucional comunitario “in the age of balancing”». Control de constitucionalidad y principio de proporcionalidad», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 18. 2003.