



**Cátedra Jean Monnet**  
Derecho Administrativo  
Europeo y Global



Centro de Estudios Europeos  
**Luis Ortega Álvarez**

**25**  
años

---

## **EL RECONOCIMIENTO MUTUO EN EL DERECHO DEL MERCADO INTERIOR**

Luis Arroyo Jiménez

Dolores Utrilla Fernández-Bermejo

Preprint No. 3/2017

---



**Cátedra Jean Monnet**  
Derecho Administrativo Europeo y Global



With the support of the  
Erasmus+ Programme  
of the European Union

Jean Monnet Chair  
EU Administrative Law in Global Perspective  
574427-EPP-1-2016-1-ES- EPPJMO-CHAIR

# **EL RECONOCIMIENTO MUTUO EN EL DERECHO DEL MERCADO INTERIOR**

*Luis Arroyo Jiménez*

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Cátedra Jean Monnet de Derecho Administrativo Europeo y Global  
Universidad de Castilla-La Mancha

*Dolores Utrilla Fernández-Bermejo*

Profesora contratada doctora de Derecho Administrativo  
Universidad de Castilla-La Mancha

Suggested citation: L. Arroyo & D. Utrilla, *El reconocimiento mutuo en el Derecho del mercado interior*, 3/17 Preprints series of the Center for European Studies *Luis Ortega Álvarez* and the *Jean Monnet* Chair of European Administrative Law in Global Perspective, 2017.

To be published in: L. Arroyo & A. Nieto (eds.), *El reconocimiento mutuo en el Derecho español y europeo*, Marcial Pons, 2018.

## ÍNDICE

### A. EL RECONOCIMIENTO MUTUO Y EL DERECHO PRIMARIO DEL MERCADO INTERIOR

#### 1. Introducción

#### 2. Mercancías

- 2.1. *Cassis*
- 2.2. Ámbito de aplicación
- 2.3. La prohibición prima facie
- 2.4. La justificación de la medida
- 2.5. Dimensión procedimental

#### 3. Servicios

- 3.1. *Säger*
- 3.2. Ámbito de aplicación
- 3.3. La justificación de la medida

#### 4. Personas

- 4.1. Libertad de establecimiento
- 4.2. Circulación de trabajadores
- 4.3. Cualificaciones profesionales

#### 5. Capitales

- 5.1. Régimen general
- 5.2. Medidas tributarias

#### 6. Reconocimiento mutuo judicial

- 6.1. Convergencia y pluralismo
- 6.2. Reconocimiento mutuo y equivalencia
- 6.3. Reconocimiento mutuo y país de origen
- 6.4. Flexibilidad y deferencia

### B. EL RECONOCIMIENTO MUTUO Y EL DERECHO SECUNDARIO DEL MERCADO INTERIOR

#### 1. Introducción

#### 2. Mercancías

- 2.1. Nuevo enfoque
- 2.2. Nuevo marco legislativo

#### 3. Servicios

- 3.1. Servicios audiovisuales y electrónicos
- 3.2. Servicios financieros
- 3.3. La Directiva de servicios: libre prestación de servicios
- 3.4. La Directiva de trabajadores desplazados

#### 4. Personas

- 4.1. La Directiva de servicios: libertad de establecimiento
- 4.2. Cualificaciones profesionales
- 4.3. Licencias de conducción

#### 5. Reconocimiento mutuo legislativo

- 5.1. Pluralismo sin convergencia
- 5.2. Reconocimiento mutuo y armonización
- 5.3. Reconocimiento mutuo y país de origen

### C. RECONOCIMIENTO MUTUO Y MODELOS DE REGULACIÓN

#### 1. Fundamentos

#### 2. Modelos de regulación

- 2.1. Regulación centralizada
- 2.2. Regulación descentralizada
- 2.3. Regulación competitiva

#### 3. La selección del modelo

- 3.1. Estructura
- 3.2. Experiencias

#### 4. Conclusiones

## A. EL RECONOCIMIENTO MUTUO Y EL DERECHO PRIMARIO DEL MERCADO INTERIOR

### 1. INTRODUCCIÓN

El principio de reconocimiento mutuo tiene su origen en el Derecho del mercado interior, del que posteriormente se emancipó para extenderse a otros ámbitos materiales del Derecho de la Unión Europea como el espacio de libertad seguridad y justicia<sup>1</sup>. En el marco del primero, el principio de reconocimiento mutuo implica que los Estados miembros deben permitir la comercialización de mercancías, la prestación de servicios y la circulación de personas y capitales en su territorio siempre que el titular de la correspondiente libertad cumpla las normas del Estado del que proceden<sup>2</sup>. El principio tiene como efecto principal la prohibición de aplicar las normas del Estado de destino y, consiguientemente, la obligación de reconocer los efectos transnacionales de las normas, actos y controles del Estado de origen. Es conveniente destacar que el reconocimiento mutuo forma parte del contenido de las normas del Tratado que reconocen las libertades de circulación en el mercado interior. Son esas disposiciones las que proporcionan el fundamento normativo de las obligaciones y prohibiciones que se derivan del principio. Por su parte, las situaciones jurídicas pasivas a las que se ha hecho referencia tienen como posiciones jurídicas reflejas derechos subjetivos de los ciudadanos y empresas. Frente a lo que puede ocurrir en otros ámbitos, como el Derecho penal y procesal penal, el reconocimiento mutuo en el Derecho del mercado interior no sólo no limita o restringe la libertad individual, sino que forma parte de su contenido<sup>3</sup>.

Como quiera que la noción de reconocimiento mutuo se maneja de maneras diversas, conviene precisar desde el principio cuál es el significado que aquí se le va a dar. En un sentido estricto, el reconocimiento mutuo sólo entraría en juego cuando los efectos descritos son producto de la equivalencia entre los estándares y controles satisfechos en el Estado de origen y los previstos en el Derecho del Estado de destino<sup>4</sup>. Según otro criterio, el ámbito del reconocimiento mutuo se extiende allí donde las autoridades de un Estado miembro tengan prohibido aplicar sus propias normas no discriminatorias a las mercancías, servicios, personas y capitales procedentes de otros Estados miembros y, correlativamente, se encuentren obligados a reconocer los efectos de las normas y actos del Estado de origen, con independencia del criterio relativo a la equivalencia<sup>5</sup>. Este último es el alcance con el que se va a manejar aquí el concepto y son dos las razones que lo justifican. Por un lado, incluir los casos en los que no hay equivalencia refleja mejor la diversidad presente en el Derecho secundario y, sobre todo, en la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia, toda vez que en ámbitos muy relevantes la obligación de reconocimiento mutuo no está condicionada a la equivalencia entre las normas de origen y destino. Y, por otro, excluir las normas discriminatorias va a permitir más tarde vincular

<sup>1</sup> Vid. NICOLAÏDIS (2017).

<sup>2</sup> JANSSEN (2015: 4).

<sup>3</sup> MÖSTL (2010: 409 s.).

<sup>4</sup> ARMSTRONG (2002: 230 ss.); WEILER (2005: 47).

<sup>5</sup> MADURO (2007: 820).

el reconocimiento mutuo con la teoría de los modelos de regulación y distinguir dos formas radicalmente distintas de organizar el ejercicio del poder regulatorio en un sistema multinivel<sup>6</sup>.

Sin embargo, tal y como vamos a comprobar, el principio no se comporta de forma idéntica en todos esos casos. Por un lado, el alcance de la obligación de reconocimiento mutuo se encuentra limitado por la posibilidad de que los Estados miembros justifiquen la adopción de medidas que impiden o limitan el ejercicio de las libertades de circulación. Ello supone que los mercados pueden estar sometidos a distintos grados de reconocimiento mutuo en función del alcance de las medidas nacionales cuya aplicación pueda llegar a estar justificada. Por otro lado, las normas de Derecho secundario pueden ampliar el alcance y condicionar el funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo. Lo primero ocurre cuando un instrumento de Derecho secundario extiende la obligación de reconocer los efectos del Derecho de origen a bienes, servicios, personas o capitales a los que no alcanza la obligación derivada de las normas del Tratado de Funcionamiento que reconocen las libertades de circulación. Lo segundo tiene lugar en la medida en que las normas de Derecho secundario precisen las condiciones sustantivas y procedimentales en las que opera la obligación de reconocimiento mutuo en un mercado determinado.

Esto pone de manifiesto que el principio de reconocimiento mutuo es una estrategia de regulación del mercado interior que puede tener concreciones muy diversas en función de cómo se articulen las tres piezas siguientes: (i) las normas secundarias que regulan los distintos ámbitos del mercado interior y dejan un margen de intensidad variable a la regulación procedente de los Estados miembros; (ii) los mecanismos, de distinta procedencia, que permiten a los Estados miembros escapar de la aplicación del reconocimiento mutuo y aplicar sus propias normas a las actividades desarrolladas en su territorio; y (iii) los principios, técnicas y procedimientos de cooperación interadministrativa que facilitan la aplicación del principio en las relaciones entre los Estados miembros, así como, de modo creciente, entre éstos y la Administración europea. La diferente composición y articulación recíproca de estas tres piezas conduce a la necesidad de contemplar el reconocimiento mutuo como una única norma que, sin embargo, puede presentar caras muy diferentes. Dicho de otra manera: si lo observamos aisladamente el reconocimiento mutuo aparece como una regla cuya consecuencia jurídica es el nacimiento de la prohibición y obligaciones a las que se ha hecho referencia; pero si lo contemplamos en el contexto que le es propio resulta ser una política regulatoria que puede concretarse de maneras diversas.

La finalidad de este capítulo es contribuir a la descripción del comportamiento del reconocimiento mutuo, así entendido, en el Derecho del mercado interior, al objeto de obtener conclusiones de utilidad de cara a su comparación con otros ámbitos del Derecho europeo e interno. En él me centraré, en particular, en el funcionamiento del principio de reconocimiento en el Derecho primario. Por ese motivo se encuentra estrechamente relacionado con el Capítulo 2, en el que se estudia la regulación del reconocimiento mutuo en diferentes instrumentos de Derecho secundario, sistematizados a partir de su vinculación más o menos directa con el ejercicio de las diversas libertades de circulación. En las páginas que siguen se analiza el modo en que el principio de reconocimiento mutuo

---

<sup>6</sup> Vid. ARROYO JIMÉNEZ, *infra* Capítulo 6.

ha sido configurado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a las diferentes libertades de circulación reconocidas en el Derecho primario. A tal fin se examinará su tratamiento jurisprudencial en los ámbitos de la circulación de mercancías (*infra* 2), servicios (*infra* 3), personas (*infra* 4) y capitales (*infra* 5), para concluir con una reflexión horizontal acerca del comportamiento del que ha dado en llamarse reconocimiento mutuo judicial (*infra* 6).

## 2. MERCANCÍAS

Los Tratados constitutivos no sólo prohíben los derechos de aduana y las restricciones cuantitativas (arts. 30 y 34 TFUE), sino también otras medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación (art. 34 TFUE) y exportación (art. 35 TFUE). El principio de reconocimiento mutuo surge en el marco de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que extiende la consideración de medidas de efecto equivalente a las denominadas barreras regulatorias<sup>7</sup>. A continuación, se explica esa construcción jurisprudencial (*infra* 2.1.), para pasar a analizar posteriormente su ámbito de aplicación (*infra* 2.2.), el alcance de la prohibición que, a modo de regla general, dirige a los Estados miembros (*infra* 2.3.), el sistema de justificaciones que, a modo de excepción, permite su desplazamiento (*infra* 2.4.) y las reglas procedimentales que se derivan del principio (*infra* 2.5.).

### 2.1. *Cassis*

Aunque cuenta, como se verá, con algún antecedente importante, la sentencia dictada en el asunto *Cassis de Dijon*<sup>8</sup> suele ser considerado como la primera formulación del principio en el ámbito del mercado interior<sup>9</sup>. El asunto planteado se refería a la incompatibilidad con el entonces art. 30 TCE (actual art. 34 TFUE) de la prohibición de importar en Alemania un determinado licor francés, debido a que su graduación alcohólica era inferior a la exigida por la normativa nacional alemana para determinadas categorías de licores y otras bebidas alcohólicas. Sin utilizar expresamente la denominación “reconocimiento mutuo”, el Tribunal de Justicia diseña en ese pronunciamiento los dos elementos que, a partir de ese momento, pasarían a integrar el canon de control de las medidas adoptadas por los Estados miembros que se deriva del actual art. 34 TFUE<sup>10</sup>.

El primer elemento del canon se refiere a la prohibición que la libertad de circulación de mercancías dirige a los Estados miembros<sup>11</sup>. El Tribunal de Justicia parte de que, en ausencia de armonización completa a nivel comunitario, corresponde a los Estados miembros regular, cada uno en su territorio, lo relativo a la producción y a la comercialización de las mercancías. Sin embargo, la sentencia señala a continuación que, en el ejercicio de tal competencia nacional, el Tratado no sólo prohíbe a los Estados miembros adoptar medidas discriminatorias por razón del origen de los productos, sino también aquellas que obstaculicen los intercambios comerciales dentro del mercado interior. En la conocida formulación de la sentencia:

<sup>7</sup> Vid. PELKMANS (2007: 700 ss.).

<sup>8</sup> STJUE de 20 de febrero de 1979, as. 120/78 *Cassis de Dijon*, EU:C:1979:42.

<sup>9</sup> Por todos, vid. BARNARD (2010: 624).

<sup>10</sup> ROTH (2017: 435 s.).

<sup>11</sup> STJUE de 20 de febrero de 1979, as. 120/78 *Cassis de Dijon*, EU:C:1979:42, para. 8.

«No existe ningún motivo válido para impedir que las bebidas alcohólicas, siempre que sean legalmente producidas y comercializadas en uno de los Estados miembros, se importen a cualquier otro Estado miembro»<sup>12</sup>.

El segundo elemento del canon diseñado en *Cassis de Dijon* es la aceptación de la posibilidad de que los Estados dejen de quedar sujetos a la obligación de reconocimiento mutuo o, lo que es lo mismo, a la prohibición de aplicar las normas que obstaculicen los intercambios comerciales<sup>13</sup>. Además de por las excepciones expresamente consagradas en el Tratado (art. 36 TFUE), la obligación *prima facie* de reconocimiento puede quedar desplazada si la medida nacional, a pesar de obstaculizar la libre circulación de mercancías, es necesaria para proteger ciertos intereses públicos. Según la formulación expresa del TJUE:

«Los obstáculos a la circulación intracomunitaria que sean consecuencia de disparidades entre legislaciones nacionales relativas a la comercialización de los productos controvertidos deben aceptarse en la medida en que estos preceptos sean necesarios para cumplir las exigencias imperativas relativas, en particular, a la eficacia de los controles fiscales, a la salvaguardia de la salud pública, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la protección de los consumidores»<sup>14</sup>.

## 2.2. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación del canon de control se ha construido en términos muy amplios. Antes incluso de *Cassis de Dijon*, el Tribunal de Justicia había establecido en *Dassonville*<sup>15</sup> que la libertad de circulación de mercancías debía interpretarse como una prohibición no sólo de las medidas nacionales de carácter discriminatorio (test de no discriminación), sino en general de toda medida nacional que pueda obstaculizar directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario (test de acceso al mercado)<sup>16</sup>.

La construcción del principio de reconocimiento mutuo a partir de un criterio tan amplio tuvo como consecuencia una reducción considerable del espacio abierto a los poderes regulatorios de los Estados miembros. Por ese motivo, casi dos décadas más tarde el Tribunal de Justicia restringió la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de la circulación de mercancías. El Tribunal señaló en *Keck y Mithouard*<sup>17</sup> que el principio resultaba de aplicación a las condiciones o requisitos que deben cumplir los productos (*qualification standards*), tales como los atinentes a su denominación, forma, dimensiones, peso, composición, presentación, etiquetado o acondicionamiento, pero no al régimen de modalidades de venta del producto en cuestión (*selling arrangements*), aspecto éste respecto del cual el Estado miembro de acogida estaría facultado, por lo tanto, para aplicar su propia normativa, únicamente sujeto a la prohibición de no discriminación por razón de la nacionalidad. El Tribunal de Justicia subrayó, al introducir

<sup>12</sup> STJUE de 20 de febrero de 1979, as. 120/78 *Cassis de Dijon*, EU:C:1979:42, para. 14.

<sup>13</sup> JANSSENS (2013: 13).

<sup>14</sup> STJUE de 20 de febrero de 1979, as. 120/78 *Cassis de Dijon*, EU:C:1979:42, para. 8.

<sup>15</sup> STJUE de 11 de julio de 1974, as. 8/74, *Dassonville*, EU:C:1974:82.

<sup>16</sup> STJUE de 11 de julio de 1974, as. 8/74, *Dassonville*, EU:C:1974:82, para. 5.

<sup>17</sup> STJUE de 24 de noviembre de 1993, as. ac. C-267/91 y C-268/91, *Keck y Mithouard*, EU:C:1993:905.



esta distinción, su carácter novedoso, así como su fundamento en la necesidad de acotar el alcance del principio de reconocimiento mutuo y la consiguiente limitación de la autonomía regulatoria de los Estados miembros de destino de las mercancías<sup>18</sup>.

El alcance de la doctrina *Keck y Mithouard* ha sido objeto de una viva controversia doctrinal en torno al ámbito de aplicación del test de acceso al mercado, y constituye una de las principales fuentes de incertidumbre de la jurisprudencia del Tribunal relativa al principio de reconocimiento mutuo y, más en general, a las libertades de circulación<sup>19</sup>. En asuntos posteriores como *Comisión c. Italia (Trailers)* o *Mickelsson*, el Tribunal ha rechazado extender la limitación *Keck*, relativa a las “modalidades de venta” de los productos, a sus “condiciones de uso”<sup>20</sup>, de tal manera que ha concluido afirmando que las normas nacionales que prohíben utilizar un producto de una forma determinada, en la medida en que tengan por efecto obstaculizar el acceso al mercado de esos productos, pueden constituir medidas de efecto equivalente y estar *prima facie* prohibidas por el art. 34 TFUE<sup>21</sup>. En estos dos casos el Tribunal parece haber confirmado que la libertad de circulación de mercancías contiene una prohibición *prima facie* de las medidas nacionales que obstaculizan el acceso al mercado de productos procedentes de otros Estados miembros, aunque no otorguen ventaja alguna a los productores o comercializadores nacionales. En definitiva, pese a quienes sugieren que las libertades de circulación deben interpretarse en el sentido de que sólo prohíben medidas indistintamente aplicables que colocan a los productos procedentes de otros Estados miembros en una posición desventajosa frente a los nacionales, puesto que su función es luchar contra medidas nacionales proteccionistas y no garantizar la libertad de empresa<sup>22</sup>, el Tribunal ha optado por ampliar considerablemente el supuesto de hecho de la prohibición *prima facie* para, en su caso, desactivarla después mediante la aplicación del sistema de justificación que más adelante se analiza.

### 2.3. La prohibición *prima facie*

Si una medida nacional es subsumible en el supuesto de hecho, así definido, de la libertad de circulación de mercancías, la consecuencia jurídica que se deriva del art. 34 TFUE no es su invalidez, sino la prohibición de las autoridades del Estado de destino de aplicarla a los productos procedentes de otros Estados miembros que han sido fabricados y comercializados de conformidad con la legislación del Estado de origen. Los Estados miembros se encuentran en principio obligados a permitir el acceso a su mercado nacional de las mercancías válidamente producidas y comercializadas en un Estado miembro distinto. De esta obligación *prima facie* de reconocimiento mutuo se derivan dos consecuencias. Por un lado, en los casos y en la medida en que se aplique el principio de reconocimiento mutuo, la libre circulación de mercancías conduce a la aplicación del Derecho del Estado de origen<sup>23</sup>. Por otro lado, debido a la inaplicación del Derecho del Estado de destino, la diversidad regulatoria derivada del ejercicio de la competencia

<sup>18</sup> STJUE de 24 de noviembre de 1993, as. ac. C-267/91 y C-268/91, *Keck y Mithouard*, EU:C:1993:905, paras. 14-17.

<sup>19</sup> Vid. por ejemplo BARNARD y DEAKIN (2002: 209 ss.); FENGER y SCHÖNBERG (2010: 171 ss.);

<sup>20</sup> STJUE de 10 de febrero de 2009, as. C-110/05, *Comisión c. Italia (Trailers)*, EU:C:2009:66, paras. 33-37, 56-58; STJUE de 4 de junio de 2009, as. C-142/05, *Mickelsson*, EU:C:2009:336, paras. 24-28.

<sup>21</sup> STJUE de 10 de febrero de 2009, as. C-110/05, *Comisión c. Italia (Trailers)*, EU:C:2009:66, para. 58.

<sup>22</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2010: 378 ss.).

<sup>23</sup> Para los necesarios matices, vid. *infra* 5.3.

normativa nacional deja de comportarse como un obstáculo a la importación en un Estado miembro de mercancías que han sido legalmente producidas y comercializadas en otro<sup>24</sup>.

La obligación de permitir la comercialización de mercancías procedentes de otros Estados miembros sólo se proyecta sobre aquellos que han sido comercializados legalmente de acuerdo con el Derecho de origen. Para dilucidar si el producto ha sido producido y comercializado en un Estado miembro de manera legal y, por tanto, si se activa la obligación *prima facie* de reconocimiento mutuo, las autoridades del Estado de destino tienen el deber de tener en cuenta lo que la doctrina ha denominado “historia reguladora del producto”<sup>25</sup>, que no sólo comprende los aspectos sustantivos de la regulación normativa del Estado de origen, sino también su aplicación por sus autoridades a través de autorizaciones, permisos, inspecciones y otros tipos de actuaciones administrativas. La consecuencia es que el principio de reconocimiento mutuo proporciona una eficacia transnacional a las normas sustantivas que regulan los requisitos y condiciones de fabricación y comercialización de los productos, así como a los actos administrativos que contienen declaraciones de conocimiento y voluntad emitidas en su aplicación.

#### 2.4. La justificación de la medida

En *Cassis de Dijon* el Tribunal no sólo estableció la obligación de reconocimiento mutuo, sino también la doctrina de las exigencias imperativas, que es, precisamente, la que otorga a la primera un carácter *prima facie*. En su virtud, las medidas nacionales capaces de obstaculizar el comercio intracomunitario pueden, sin embargo, estar justificadas y escapar así de la prohibición del art. 34 TFUE si satisfacen las siguientes reglas. En primer lugar, es preciso que la medida controvertida no se proyecte sobre una cuestión que haya sido objeto de una norma de armonización, en cuyo caso habrá que estar a lo que ésta disponga. En otro lugar de este libro se analiza el comportamiento del reconocimiento mutuo judicial en los casos en que las normas de Derecho secundario armonizan parcialmente la materia, dejando un espacio, de amplitud variable, a la regulación descentralizada por los Estados miembros<sup>26</sup>.

En segundo término, para que resulte aplicable la doctrina de las exigencias imperativas es necesario, de acuerdo con la doctrina tradicional del Tribunal de Justicia, que la medida nacional sea indistintamente aplicable y, por lo tanto, que no trate de manera discriminatoria a los productos procedentes de otros Estados miembros<sup>27</sup>. En otro caso, la medida habrá de considerarse prohibida en virtud del art. 34 TFUE y sólo podrá quedar justificada de conformidad con las excepciones expresamente contempladas en el TFUE y, especialmente, en el art. 36 TFUE<sup>28</sup>, que permite a los Estados miembros aplicar medidas proporcionadas adoptadas:

“por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales,

<sup>24</sup> STJUE de 20 de febrero de 1979, as. 120/78 *Cassis de Dijon*, EU:C:1979:42, para. 8.

<sup>25</sup> ARMSTRONG (2002: 230 s.).

<sup>26</sup> Vid. ARROYO JIMÉNEZ/UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *infra* Capítulo 4, 4. c).

<sup>27</sup> Sobre las excepciones a este criterio, vid. BARNARD (2010: 86 s.).

<sup>28</sup> Sobre la diferente localización sistemática de la doctrina de las exigencias imperativas y las excepciones del art. 36 TFUE, vid. ENCHELMEIER (2010: 216 ss.).

protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial”.

En tercer lugar, para no resultar prohibida en virtud del art. 34 TFUE la medida indistintamente aplicable debe tener como finalidad satisfacer una exigencia imperativa, esto es, un interés público capaz de justificar el desplazamiento de la obligación de reconocimiento mutuo. Hasta el momento, el Tribunal de Justicia ha reconocido como tales la eficacia de los controles fiscales<sup>29</sup>, la salud pública<sup>30</sup>, la lealtad de las transacciones comerciales<sup>31</sup>, la protección de los consumidores<sup>32</sup>, el medio ambiente<sup>33</sup>, la protección de las condiciones laborales<sup>34</sup>, la protección del cine<sup>35</sup> y del libro<sup>36</sup> como expresiones culturales, la protección de las particularidades socioculturales nacionales o regionales, el mantenimiento del pluralismo de la prensa<sup>37</sup>, la prevención del riesgo de desequilibrios presupuestarios del sistema de seguridad social<sup>38</sup>, la protección de los derechos fundamentales<sup>39</sup>, la protección del orden social<sup>40</sup>, la seguridad vial<sup>41</sup>, la protección de la infancia<sup>42</sup>, el bienestar animal<sup>43</sup> o la lucha contra la delincuencia<sup>44</sup>.

En cuarto lugar, además de poder justificarse en la protección de uno de estos intereses públicos, la medida controvertida debe satisfacer el principio de proporcionalidad. En el contexto de los arts. 34 y 36 TFUE, el Tribunal de Justicia interpreta este requisito en el sentido de que la medida debe ser adecuada y necesaria para la consecución de la finalidad que con ella se pretende lograr. Se trata, por tanto, de los dos primeros elementos integrantes del canon de proporcionalidad en la versión tripartita del principio. Resulta ilustrativa la jurisprudencia relativa a las medidas nacionales que impiden importar ciertos productos alimentarios legalmente producidos en otro Estado miembro debido al hecho de que su composición o su presentación comercial es diferente a la prevista en la normativa del Estado de destino y a que, por ello, los consumidores del Estado de destino podrían verse inducidos a error sobre la naturaleza del producto. El Tribunal entiende que tales medidas resultan desproporcionadas porque la finalidad relativa a la protección de

<sup>29</sup> STJUE de 20 de febrero de 1979, as. 120/78 *Cassis de Dijon*, EU:C:1979:42, para. 9.

<sup>30</sup> STJUE de 20 de febrero de 1979, as. 120/78 *Cassis de Dijon*, EU:C:1979:42, para. 9.

<sup>31</sup> STJUE de 20 de febrero de 1979, as. 120/78 *Cassis de Dijon*, EU:C:1979:42, para. 9.

<sup>32</sup> STJUE de 20 de febrero de 1979, as. 120/78 *Cassis de Dijon*, EU:C:1979:42, para. 9.

<sup>33</sup> STJUE de 20 de septiembre de 1988, as. 302/86, *Comisión/Dinamarca (envases de bebida)*, ECLI:EU:C:1988:421, para. 9.

<sup>34</sup> STJUE de 14 de julio de 1981, as. 155/80, *Oebel*, ECLI:EU:C:1981:177, para. 12.

<sup>35</sup> STJUE de 11 de julio de 1985, as. 60/84, *Cinéthèque*, ECLI:EU:C:1985:329, para. 23.

<sup>36</sup> STJUE de 30 de abril de 2009, as. C-531/07, *LIBRO*, ECLI:EU:C:2009:276, para. 34.

<sup>37</sup> STJUE de 23 de noviembre de 1989, as. 145/88, *Torfaen Borough Council*, ECLI:EU:C:1989:593, para. 14.

<sup>38</sup> STJUE de 28 de abril de 1998, as. C-120/95, *Decker*, ECLI:EU:C:1998:167, para. 39.

<sup>39</sup> SSTJUE de 12 de junio de 2003, as. C-112/00, *Schmidberger*, ECLI:EU:C:2003:333, para. 82; de 14 de octubre de 2004, as. C-36/02, *Omega*, ECLI:EU:C:2004:614, para. 35..

<sup>40</sup> STJUE de 26 de octubre de 2006, as. C-65/05, *Comisión/Grecia (juegos electrónicos)*, ECLI:EU:C:2006:673, para. 32.

<sup>41</sup> STJUE de 15 de marzo de 2007, as. C- 54/05, *Comisión/Finlandia (permiso de transferencia)*, ECLI:EU:C:2007:168, para. 40.

<sup>42</sup> STJUE de 14 de febrero de 2008, as. C-244/02, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH*, ECLI:EU:C:2008:85, para 42.

<sup>43</sup> STJUE de 19 de junio de 2008, as. C-219/07, *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers*, ECLI:EU:C:2008:353, para 27.

<sup>44</sup> STJUE de 10 de abril de 2008, as. C-265/06, *Comisión/Portugal (láminas tintadas)*, ECLI:EU:C:2008:210, para 38.

los consumidores puede perseguirse mediante alternativas menos restrictivas, como las disposiciones relativas al etiquetado del producto. Algunos ejemplos relevantes en esta línea son los proporcionados por los asuntos *Fietje*, acerca de la denominación y presentación de licores<sup>45</sup>; *Keldermann*, en relación con la composición del pan<sup>46</sup>; *Comisión c. Alemania*, en cuanto a las materias primas y aditivos de la cerveza<sup>47</sup>; *Comisión c. Francia*, acerca de los preparados a base de foie gras<sup>48</sup>; o *Comisión c. Italia*, sobre la composición del chocolate<sup>49</sup>.

La aplicación del principio de proporcionalidad en el marco de la doctrina de las exigencias imperativas por parte del Tribunal de Justicia se caracteriza por una considerable flexibilidad. Lo más frecuente es que el examen de la proporcionalidad de la medida incluya la comparación entre la legislación y origen y la de destino desde la perspectiva de la tutela del interés público alegado, de forma que, para que la medida no se considere necesaria, sea preciso constatar que las dos ofrecen una protección equivalente<sup>50</sup>. Lo que ocurre es que este control de equivalencia puede acometerse con diferentes grados de precisión. La sentencia dictada en el asunto *Comisión/Francia (tipos de máquinas para trabajar la madera)* es un ejemplo de análisis detallado de las respectivas técnicas de protección de la seguridad de los usuarios de las máquinas que se derivan de la legislación francesa y alemana, en el que el Tribunal de Justicia concluyó afirmando que no se había demostrado que los dos regímenes garantizaran el mismo nivel de protección a los usuarios<sup>51</sup>. No obstante, en otros asuntos el examen de la equivalencia es más superficial y se limita a comprobar si la legislación de origen protege o no el mismo objetivo o interés público, sin llegar a comparar los grados o niveles de tutela respectivos. El resultado es una aplicación más exigente del principio de reconocimiento mutuo. En algunas ocasiones, en fin, el examen relativo a la proporcionalidad de la medida controvertida se realiza considerando aisladamente el Derecho del Estado de destino. *Cassis de Dijon* es, en efecto, un buen ejemplo de cómo una norma nacional puede considerarse desproporcionada con independencia de si el Derecho del Estado de origen proporciona o no al interés público alegado un grado de protección equivalente al del Estado de destino. No hay en este pronunciamiento del Tribunal de Justicia referencia alguna a si la legislación francesa dispensaba o no a los consumidores un grado de protección equivalente al derivado de la legislación alemana. La intensidad con la que se aplica en este caso el principio de reconocimiento mutuo es máxima.

## 2.5. Dimensión procedimental

El Tribunal de Justicia ha derivado ciertas obligaciones procedimentales para el Estado de destino como correlato del principio de proporcionalidad, sin perjuicio de apoyarlas también en otros principios, como el de cooperación leal. Una de ellas es la prohibición de los dobles controles. Al enjuiciar la compatibilidad con la libre circulación de

<sup>45</sup> STJUE de 16 de diciembre de 1980, as. 27/80, *Fietje*, EU:C:1980:293, para. 12.

<sup>46</sup> STJUE de 19 de febrero de 1981, as. 130/80, *Kelderman*, EU:C:1981:49, para. 12.

<sup>47</sup> STJUE de 12 de marzo de 1987, as. 178/84, *Comisión c. Alemania*, EU:C:1987:126, para. 35.

<sup>48</sup> STJUE de 22 de octubre de 1998, as. C-184/96, *Comisión c. Francia*, EU:C:1998:495, para. 21.

<sup>49</sup> STJUE de 16 de enero de 2003, as. C-14/00, *Comisión c. Italia*, EU:C:2003:22, paras. 87-89.

<sup>50</sup> En España la doctrina ha destacado tradicionalmente esta exigencia. Vid. GARDEÑES SANTIAGO (1999: 86 ss.); LÓPEZ ESCUDERO (1993: 142).

<sup>51</sup> STJUE de 28 de enero de 1986, as. 188/84, *Comisión/Francia (tipos de máquinas para trabajar la madera)*, ECLI:EU:C:1986:43, para. 22.

mercancías de la normativa belga que exigía una inspección sanitaria sobre el pescado importado que había sido ya objeto de una inspección equivalente en el Estado de expedición, el Tribunal declaró en *United Foods* que para que la exigencia de doble inspección –en origen y en destino– no fuese más allá de lo necesario para proteger la salud de las personas, el segundo control debía:

«limitarse en todo caso a las medidas destinadas a prevenir los riesgos del transporte o los resultantes de posibles manipulaciones posteriores a la inspección efectuada en la salida»<sup>52</sup>.

En segundo lugar, respecto de las actuaciones administrativas de inspección realizadas sobre las mercancías en el Estado de origen el Tribunal de Justicia ha declarado la existencia de una presunción inicial de regularidad o exactitud. El Estado miembro de destino se encuentra, en principio, vinculado por ellas, sin que pueda duplicar tales mecanismos de control basándose en una sospecha generalizada de inexactitud de los documentos y controles relativos a las mercancías procedentes del Estado de origen. Los controles adicionales han de limitarse, como regla general y a falta de toda sospecha de irregularidad motivada por indicios concretos en casos individuales, a controles esporádicos o por muestreo<sup>53</sup>. Además, sólo las irregularidades o inexactitudes de carácter sustancial –y no meramente formal– pueden justificar una restricción del deber de reconocimiento mutuo, que en cualquier caso ha de ser lo menos intensa posible y articularse a través de la regularización del producto afectado mediante la colaboración entre las autoridades del Estado miembro de destino y las del Estado miembro de origen<sup>54</sup>.

Las citadas obligaciones también alcanzan, en tercer lugar, a la necesidad de que las medidas que prohíben la importación de productos que contengan determinadas sustancias para proteger un determinado interés general incorporen la previsión de un procedimiento de autorización fácilmente accesible a los operadores económicos y que pueda ser concluido en un plazo de tiempo razonable. La finalidad de tal procedimiento de autorización es remitir a una valoración *ad casum* de la necesidad de la restricción<sup>55</sup> que, además, debe poder ser revisada judicialmente<sup>56</sup>.

El Tribunal de Justicia ha aclarado que la libertad de circulación de mercancías no impone que las normas nacionales que regulan las características de los productos para su comercialización incluyan de manera expresa una cláusula de reconocimiento mutuo de los productos válidamente producidos y comercializados en otros Estados miembros. En el asunto *Comisión c. Francia (Foie Gras)* el Tribunal de Justicia consideró contraria a la libre circulación de mercancías una normativa francesa que fijaba los requisitos de composición y calidad de los productos a comercializar bajo la denominación de *foie gras*, debido a la ausencia en la norma de una cláusula de reconocimiento mutuo de los

<sup>52</sup> STJUE de 7 de abril de 1981, as. 132/80, *United Foods*, EU:C:1981:87, para. 29.

<sup>53</sup> STJUE de 22 de marzo de 1983, as. 42/82, *Comisión c. Francia*, EU:C:1983:88, paras. 56-57; STJUE de 8 de febrero de 1983, as. 124/81, *Comisión c. Reino Unido*, EU:C:1983:30, para. 31.

<sup>54</sup> STJUE de 22 de marzo de 1983, as. 42/82, *Comisión c. Francia*, EU:C:1983:88, paras. 26-28, 30-32, 36 y 45.

<sup>55</sup> STJUE de 6 de mayo de 1986, as. 304/84, *Muller y otros*, EU:C:1986:194, paras. 23-26.

<sup>56</sup> STJUE de 12 de marzo de 1987, as. 178/84, *Comisión c. Alemania* (“Ley de pureza” de la cerveza), EU:C:1987:126, paras 45-46.



productos provenientes de otros Estados miembros<sup>57</sup>. Posteriormente, sin embargo, el Tribunal ha rechazado en *Comisión c. Francia (productos alimenticios)* que las medidas nacionales de este tipo sean contrarias al Tratado por el mero hecho de no incorporar en su texto cláusulas expresas de reconocimiento mutuo, siempre y cuando prevean procedimientos de autorización que permitan verificar la necesidad de la medida restrictiva en cada caso concreto<sup>58</sup>.

### 3. SERVICIOS

A diferencia de lo que ocurre con las mercancías, la circulación de personas está sometida a un marco normativo complejo que requiere distinguir según quién y cómo pretenda desplazarse en el seno del mercado interior. Si una persona se establece en otro Estado miembro como trabajador por cuenta ajena, lo hará amparándose en la libre circulación de trabajadores (arts. 45 ss. TFUE); si quien pretende establecerse en otro Estado es un trabajador autónomo o una sociedad, el derecho relevante será la libertad de establecimiento (arts. 49 ss. TFUE); y, en fin, si un prestador (o receptor) de un servicio transfronterizo se desplaza para realizar (o recibir) la prestación, el derecho ejercido será la libre prestación de servicios (arts. 56 ss. TFUE). Procede detenernos a continuación en la tercera de las modalidades señaladas, para lo cual se analizará, sucesivamente, el canon de control (*infra* 3.1.), su ámbito de aplicación (*infra* 232.) y la intensidad con la que el Tribunal de Justicia examina a través suyo las medidas controvertidas (*infra* 3.3.). Al establecimiento de trabajadores y empresas nos referiremos más adelante (*infra* 4).

#### 3.1. *Säger*

En el contexto de la libertad de circulación de servicios, el principio de reconocimiento mutuo fue establecido por el Tribunal de Justicia en *Säger*<sup>59</sup>, sobre la base de algunos pronunciamientos previos<sup>60</sup>. El principio queda configurado, a partir de este momento, en términos similares a la fórmula *Cassis de Dijon* en el contexto del libre movimiento de mercancías. En primer lugar, el punto de partida es la existencia de una obligación *prima facie*, derivada del art. 56 TFUE, de permitir la libre prestación de servicios en el territorio nacional por parte de operadores legalmente establecidos en otros Estados miembros. El art. 56 TFUE:

“no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio de quien presta servicios por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando puede prohibir u obstaculizar de otro modo las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos”<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> STJUE de 22 de octubre de 1998, as. C-184/96, *Comisión c. Francia (Foie Gras)*, EU:C:1998:495, para. 28.

<sup>58</sup> STJUE de 5 de febrero de 2004, as. C-24/00, *Comisión c. Francia (productos alimenticios)*, EU:C:2004:70, paras. 24-28.

<sup>59</sup> STJUE de 25 de julio de 1991, as. C-76/90, *Säger*, EU:C:1991:331.

<sup>60</sup> SSTJUE de 28 de noviembre de 1978, as. 16/78, *Choquet*, EU:C:1978:2010; de 18 de enero de 1979, as. ac. 110/78 y 111/78, *Van Wesemael y otros*, EU:C:1979:8; y de 17 de diciembre de 1981, as. 279/80, *Webb*, EU:C:1981:314.

<sup>61</sup> STJUE de 25 de julio de 1991, as. C-76/90, *Säger*, EU:C:1991:331, para. 12.

La prestación transfronteriza de servicios queda entonces sujeta a un canon semejante al que *Cassis de Dijon* había diseñado para el comercio de mercancías, ya que no sólo prohíbe a los Estados adoptar medidas discriminatorias en función del origen del servicio, sino también aquellas que puedan impedir, obstaculizar o hacer menos interesante su prestación. Y de ello se sigue la correspondiente prohibición de imponer al operador el cumplimiento de los requisitos establecidos para la prestación de ese mismo servicio por el Estado de destino, en la medida en que tal aplicación genera gastos adicionales y supone un aumento de las cargas administrativas y económicas que puede «prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes» la prestación del servicio<sup>62</sup>. De acuerdo con su formulación en *Säger*:

«Un Estado miembro no puede supeditar la prestación de servicios en su territorio a la observancia de todos los requisitos exigidos para el establecimiento, bajo pena de privar de eficacia las disposiciones del Tratado destinadas precisamente a garantizar la libre prestación de servicios [...]»<sup>63</sup>.

«[U]na normativa nacional que supedita el ejercicio de determinadas prestaciones de servicios en el territorio nacional, por parte de una empresa domiciliada en otro Estado miembro, a la concesión de una autorización administrativa [por ejemplo, sometida al requisito de poseer determinadas cualificaciones profesionales] constituye una restricción a la libre prestación de servicios»<sup>64</sup>.

En segundo lugar, esta obligación *prima facie* puede ceder allá donde la aplicación de los requisitos establecidos en la normativa del Estado de destino y, por tanto, la duplicación de los estándares y controles a superar por el prestador del servicio, se encuentre justificada por una razón imperiosa de interés general, carezca de naturaleza discriminatoria y sea proporcionada al objetivo que pretende cumplir:

«Habida cuenta de la naturaleza particular de determinadas prestaciones de servicios, no pueden considerarse incompatibles con el Tratado requisitos específicos impuestos al prestador, motivados por la aplicación de las normas que regulen dichas actividades. Sin embargo, la libre prestación de servicios, en tanto que principio fundamental del Tratado, únicamente podrá restringirse mediante regulaciones justificadas por el interés general y que se apliquen a toda persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado destinatario, en la medida en que dicho interés no se halle salvaguardado ya por las normas a las que el prestador está sujeto en el Estado donde se encuentra establecido. En concreto, dichas exigencias deberán ser objetivamente necesarias [...] y no deben excederse de lo necesario para alcanzar estos objetivos»<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> STJUE de 15 de marzo de 2001, as. C-165/98, *Mazzoleni e Isa*, EU:C:2001:162, para. 24.

<sup>63</sup> STJUE de 25 de julio de 1991, as. C-76/90, *Säger*, EU:C:1991:331, para. 13.

<sup>64</sup> STJUE de 25 de julio de 1991, as. C-76/90, *Säger*, EU:C:1991:331, para. 14. Cfr. también, entre otras, las SSTJUE de 25 de julio de 1991, as. C-288/89, *Gouda y otros*, EU:C:1991:232, para. 12; y de 25 de julio de 1991, as. C-353/89, *Comisión c. Países Bajos*, EU:C:1991:325, para. 16.

<sup>65</sup> STJUE de 25 de julio de 1991, as. C-76/90, *Säger*, EU:C:1991:331, para. 15. Cfr., también, por ejemplo, SSTJUE de 25 de julio de 1991, as. C-288/89, *Gouda y otros*, EU:C:1991:232, para. 13; y de 25 de julio de 1991, as. C-353/89, *Comisión c. Países Bajos*, EU:C:1991:325, para. 17.

Tal y como se deriva de la cita literal precedente, el principio de reconocimiento mutuo incluye la necesidad de tener en cuenta si el interés general invocado se encuentra o no protegido a través de la aplicación al prestador del servicio del Derecho de su Estado de establecimiento. Ello se traduce en una prohibición general de duplicación innecesaria de controles y de estándares normativos, así como en el consiguiente deber de toma en consideración de los requisitos ya satisfechos por el prestador del servicio en otro Estado miembro y comparación con los exigidos por la normativa del Estado de prestación del servicio<sup>66</sup>.

Al igual que en el ámbito de las mercancías, el Tribunal de justicia ha anudado ciertos requisitos de naturaleza procesal al principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de la libre prestación de servicios: el operador a quien se imponga el cumplimiento de la normativa del Estado de destino debe tener acceso a un mecanismo de revisión judicial de la compatibilidad de tal imposición con la libertad de prestación de servicios. Sin embargo, no es necesaria a estos efectos la existencia de una acción autónoma, sino que basta la existencia de otros cauces procesales que permitan apreciar esta cuestión con carácter incidental, siempre y cuando su regulación satisfaga los requisitos de equivalencia y efectividad<sup>67</sup>.

### 3.2. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación del canon de control así definido resulta de tres consideraciones. En primer lugar, la libre prestación de servicios se delimita con respecto a la libre circulación de trabajadores y al derecho de establecimiento a partir de los criterios relativos al carácter autónomo o subordinado de la prestación<sup>68</sup>, de un lado, y al carácter temporal o permanente de la actividad, de otro<sup>69</sup>. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia ha aplicado hasta la fecha el principio de reconocimiento mutuo a la prestación transfronteriza de servicios de lo más heterogéneo, incluyendo, entre otros, servicios de aseguramiento<sup>70</sup>, seguridad privada<sup>71</sup>, asesoramiento jurídico<sup>72</sup>, colocación profesional<sup>73</sup>, radiodifusión<sup>74</sup>, servicios del sector de la construcción<sup>75</sup> o servicios turísticos<sup>76</sup>. En tercer lugar, en el contexto de la libertad de prestación de servicios transfronterizos el Tribunal

<sup>66</sup> SSTJUE de 28 de noviembre de 1978, as. 16/78, *Choquet*, EU:C:1978:2010, para. 8; de 17 de diciembre de 1981, as. 279/80, *Webb*, EU:C:1981:314, para. 20; de 18 de enero de 1979, as. ac. 110/78 y 111/78, *Van Wesemael y otros*, EU:C:1979:8, para. 30.

<sup>67</sup> STJUE de 13 de marzo de 2007, *Unibet*, EU:C:2007:163, para. 65; y de 6 de marzo de 2007, as. Ac. C-338/04, C-359/04 y C-360/04, *Placanica*, EU:C:2007:133, para. 63.

<sup>68</sup> STJUE de 3 de julio de 1986, as. 66/85, *Lawrie-Blum*, ECLI:EU:C:1986:284, paras. 16-17.

<sup>69</sup> STJUE de 21 de junio 1974, as. 2-74, *Reyners*, ECLI:EU:C:1974:68.

<sup>70</sup> SSTJUE de 4 de diciembre de 1986, as. 220/83, *Comisión c. Francia*, EU:C:1986:461, paras. 17-19; de 4 de diciembre de 1986, as. 252/83, *Comisión c. Dinamarca*, EU:C:1986:462, paras. 17-20; de 4 de diciembre de 1986, as. 205/84, *Comisión c. Alemania*, EU:C:1986:463, paras. 26-29; de 4 de diciembre de 1986, as. 206/84, *Comisión c. Irlanda*, EU:C:1986:464, paras. 17-19.

<sup>71</sup> STJUE de 13 de diciembre de 2007, as. C-465/05, *Comisión c. Italia*, EU:C:2007:781, paras. 58-64, 87.

<sup>72</sup> STJUE de 25 de julio de 1991, as. C-76/90, *Säger*, EU:C:1991:331.

<sup>73</sup> STJUE de 18 de enero de 1979, as. ac. 110/78 y 111/78, *Van Wesemael y otros*, EU:C:1979:8, paras. 27-30.

<sup>74</sup> STJUE de 25 de julio de 1991, as. C-288/89, *Gouda y otros*, EU:C:1991:232, paras. 12-13.

<sup>75</sup> Por ejemplo, STJUE de 28 de marzo de 1996, as. C-272/94, *Guiot*, EU:C:1996:147, paras. 10-17.

<sup>76</sup> SSTJUE de 26 de febrero de 1991, as. C-154/89, *Comisión c. Francia*, EU:C:1991:76, paras. 12-15; de 26 de febrero de 1991, as. C-180/89, *Comisión c. Italia*, EU:C:1991:78, paras. 15-18; y de 26 de febrero de 1991, *Comisión c. Grecia*, as. C-198/89, EU:C:1991:79, paras. 16-19.



de Justicia no suele distinguir entre medidas nacionales relativas a las características del servicio y atinentes a las condiciones para su prestación en el Estado de destino: todas ellas se encuentran, en principio, igualmente sometidas a la obligación de reconocimiento mutuo, ya que todas son capaces de obstaculizar el ejercicio de la libertad de servicios<sup>77</sup>. Por ejemplo, la exigencia de que todo prestador de un determinado servicio se inscriba obligatoriamente en un registro del Estado de destino constituye una restricción de la libre circulación de servicios y, por tanto, se somete a las exigencias derivadas del principio de reconocimiento mutuo<sup>78</sup>. Este requisito es de acceso y no de ejercicio. De igual modo, la libertad de prestación de servicios se ha considerado en principio aplicable a medidas nacionales atinentes a las condiciones de ejercicio de la actividad, como, por ejemplo, la obligación de participar en un fondo para financiar el derecho a vacaciones de los trabajadores del sector de la construcción<sup>79</sup>. Con todo, la distinción entre las dos categorías citadas ha sido utilizada por el Tribunal de Justicia ocasionalmente. Así, en *Mobistar* (2005) el TJUE rechazó extender la obligación de reconocimiento mutuo al régimen de fiscalidad directa de la prestación del servicio en el Estado de destino y optó por interpretar el art. 56 TFUE como una mera prohibición de discriminación, al indicar que tal precepto:

«no se refiere a medidas [como los impuestos] cuyo único efecto consiste en generar costes suplementarios para la prestación en cuestión y que afectan del mismo modo a la prestación de servicios entre Estados miembros y a la interna en un Estado miembro»<sup>80</sup>.

A la vista de resoluciones como ésta, la doctrina académica ha cedido a la tentación de establecer un paralelismo con *Keck y Mitouard* en el terreno de la libre circulación de mercancías<sup>81</sup>, cuando no de proponer como criterio general la exclusión del ámbito de aplicación de las libertades de las “condiciones marco” de ejercicio de la actividad<sup>82</sup>.

### 3.3. La justificación de la medida

Lo anterior pone de manifiesto que, en ciertas ocasiones, la libertad de prestación de servicios no comprende la obligación de reconocimiento mutuo y, por lo tanto, se reduce a la prohibición de discriminación. Pero es que, además, incluso allí donde se aplica, el reconocimiento mutuo tampoco opera siempre de forma homogénea. En particular, la exigencia de justificación y el principio de proporcionalidad se manejan de manera flexible en función del sector económico afectado y del tipo de interés general invocado para justificar la imposición de los estándares normativos del Estado de destino. Podemos distinguir al efecto dos grupos de casos.

<sup>77</sup> En contra de esta interpretación, aunque sin apoyarse en doctrina del TJUE relativa a la libertad de servicios, BEHME (2016: 43 s.).

<sup>78</sup> STJUE de 11 de diciembre de 2003, as. C-215/01, *Bruno Schnitzer*, EU:C:2003:662, paras. 34 ss.

<sup>79</sup> STJUE de 25 de octubre de 2001, as. acumulados C-49/98, C-50/98, C-52 a C-53/98, C-54/98 y C-68 a C-71/98, *Finalarte*, EU:C:2001:564, paras. 35 ss.

<sup>80</sup> STJUE de 8 de septiembre de 2005, as. ac. C-544/03 y C-545/03, *Mobistar*, EU:C:2005:518, paras. 33-35). En el mismo sentido, STJUE de 17 de febrero de 2005, as. C-134/03, *Viacom II*, ECLI:EU:C:2005:94.

<sup>81</sup> DAVIES (2015: 572 ss.).

<sup>82</sup> BEHME (2016: 43 s.), aunque sin contrastar su tesis con la doctrina del TJUE relativa a la libertad de servicios.

En el primer grupo, el Tribunal de Justicia reconoce un amplio margen de apreciación a las autoridades de los Estados miembros a la hora de establecer el nivel de protección del interés general invocado para justificar el no reconocimiento del servicio transfronterizo y, por ende, la aplicación de las exigencias establecidas en el ordenamiento jurídico del Estado de destino. Así sucede en ámbitos particularmente sensibles que afectan a la protección de la moralidad pública (como la prestación de servicios de prostitución)<sup>83</sup>, la protección de los consumidores y del orden social, así como la lucha contra el crimen organizado (prestación de servicios de juegos de azar, especialmente online)<sup>84</sup>. En tales supuestos, el Tribunal no examina la equivalencia entre la protección perseguida y la ya garantizada por el ordenamiento del Estado de origen: el único límite a la facultad de apreciación del Estado de destino es la exigencia de coherencia de la medida, que no puede afectar única o especialmente, sin justificación, a los servicios provenientes de otros Estados miembros. Valga como ejemplo el asunto *Läärä*, en el que el Tribunal de Justicia sostuvo que:

«La determinación del alcance de la protección que un Estado miembro desea garantizar en su territorio en materia de loterías y otros juegos forma parte de la facultad de apreciación reconocida por el Tribunal de Justicia a las autoridades nacionales [...]. En estas circunstancias, [...] la necesidad y la proporcionalidad de las disposiciones adoptadas [...] deben apreciarse únicamente en relación con los objetivos perseguidos por las autoridades nacionales del Estado miembro interesado y con el nivel de protección que pretenden garantizar»<sup>85</sup>.

Por otro lado, en estos casos el Tribunal de Justicia se muestra más deferente respecto al Estado de destino a la hora de aplicar el control de proporcionalidad. Así, en el asunto *Dickinger y Ömer* el Tribunal afirmó que:

«En el estado actual del Derecho de la Unión, no existe ninguna obligación de reconocimiento mutuo de las autorizaciones expedidas por los diversos Estados miembros [...]. En efecto, habida cuenta de la falta de armonización en el ámbito de la Unión de la normativa del sector de los juegos de azar y de las divergencias significativas entre los objetivos pretendidos y los grados de protección perseguidos por las normativas de los distintos Estados miembros, el solo hecho de que un operador ofrezca legalmente servicios en un Estado miembro en el que se encuentre establecido y en el que, en principio, debe cumplir requisitos legales y superar los controles ejercidos por las autoridades competentes de este último Estado no puede considerarse una garantía suficiente para la protección de los consumidores nacionales contra los riesgos de fraude y criminalidad, habida cuenta de las dificultades a las que, en este contexto, pueden verse confrontadas las autoridades

<sup>83</sup> STJUE de 20 de noviembre de 2001, as. C-268/99, *Jany y otros*, EU:C:2001:616, paras. 56-61.

<sup>84</sup> Entre otras, SSTJUE de 24 de marzo de 1994, as. C-275/92, *Schindler*, EU:C:1994:119, paras. 58-62; de 21 de septiembre de 1999, as. C-124/97, *Läärä y otros*, EU:C:1999:435, paras. 35-36; de 21 de octubre de 1999, as. C-67/98, *Zenatti*, EU:C:1999:514, paras. 33-36; de 6 de noviembre de 2003, as. C-243/01, *Gambelli y otros*, EU:C:2003:597, paras. 62-71; de 8 de septiembre de 2009, as. C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, EU:C:2009:519, paras. 57-72; de 8 de septiembre de 2010, as. C-46/08, *Carmen Media Group*, EU:C:2010:505, paras. 45-56 y 55-70; y de 15 de septiembre de 2011, as. C-347/09, *Dickinger y Ömer*, EU:C:2011:582, paras. 96-99. Sobre esta jurisprudencia, vid. DAWES y STRUCKMAN (2010).

<sup>85</sup> SSTJUE de 21 de septiembre de 1999, as. C-124/97, *Läärä y otros*, EU:C:1999:435, paras. 35-36; y de 21 de octubre de 1999, as. C-67/98, *Zenatti*, EU:C:1999:514, paras. 33-34.

del Estado miembro de establecimiento a la hora de evaluar la honradez y cualidades profesionales de los operadores [...]»<sup>86</sup>.

Con carácter general, sin embargo, el Tribunal de Justicia viene realizando un control más riguroso de la compatibilidad con el Tratado de las medidas nacionales que suponen un rechazo, total o parcial, del reconocimiento mutuo de servicios. Ello implica, en primer lugar, el enjuiciamiento aislado del nivel de protección del interés general fijado por el Estado miembro de prestación del servicio, esto es, con independencia de cuál fuere el nivel de protección garantizado por el Estado miembro de origen. Un buen ejemplo en este contexto es *Säger*, donde se planteaba la prestación transfronteriza de servicios de asesoramiento jurídico y su restricción mediante normas dirigidas a proteger a los usuarios frente a los perjuicios derivados de un asesoramiento deficiente. El Tribunal consideró, sin embargo, que la aplicación de las exigencias previstas en el Estado de destino (una autorización basada en una determinada cualificación profesional) resultaba innecesaria debido al escaso grado de complejidad de los servicios de asesoramiento prestados y al exiguo riesgo soportado por sus receptores en el caso concreto<sup>87</sup>.

El control suele extenderse también, en segundo lugar, a la necesidad de la medida restrictiva examinada a la luz de la prohibición de duplicación de cargas y del criterio de equivalencia. La obligación de reconocimiento mutuo sólo queda excluida en aquellos casos en que el Derecho del Estado de origen garantiza un nivel de protección del interés general relevante sustancialmente inferior al proporcionado a través de la aplicación de la normativa del Estado de destino. Por el contrario, el principio de reconocimiento mutuo se mantiene allá donde el nivel de protección garantizado por el Estado de origen sea sustancialmente equivalente, o bien superior. Para ilustrar este punto resulta especialmente útil la jurisprudencia relativa a los obstáculos a la libertad de servicios derivados de la aplicación de las condiciones laborales del Estado de destino a los empleados desplazados del proveedor del servicio. En principio, la libertad de circulación de servicios exige que el Estado miembro de destino se abstenga de aplicar su propia normativa laboral a los trabajadores desplazados, salvo que ello esté justificado en el interés general de protección social de tales trabajadores. A tales efectos es necesario comprobar, no obstante, que la normativa del Estado de destino:

«supone, para los trabajadores afectados, una ventaja real que contribuya, de manera significativa, a su protección social [pues no cabe considerar que se otorgue] una verdadera protección adicional a los trabajadores desplazados si éstos ya disfrutaban de la misma protección, o de una protección esencialmente similar, en virtud de la normativa del Estado miembro de establecimiento de su empresario»<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> STJUE de 15 de septiembre de 2011, as. C-347/09, *Dickinger y Ömer*, EU:C:2011:582, para. 96.

<sup>87</sup> STJUE de 25 de julio de 1991, as. C-76/90, *Säger*, EU:C:1991:331, paras. 17-20.

<sup>88</sup> STJUE de 25 de octubre de 2001, as. acumulados C-49/98, C-50/98, C-52 a C-53/98, C-54/98 y C-68 a C-71/98, *Finalarte*, EU:C:2001:564, paras. 42-49 (régimen aplicable a las vacaciones). En sentido similar, respecto de otros aspectos del régimen laboral de los trabajadores desplazados como el pago de contribuciones sociales, el régimen de negociación colectiva o las condiciones salariales, SSTJUE de 9 de agosto de 1994, as. C-43/93, *Vander Elst*, EU:C:1994:310, para. 25; de 28 de marzo de 1996, as. C-272/94, *Guiot y Climatec SA*, EU:C:1996:147, paras. 16-22; de 23 de noviembre de 1999, as. acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*, EU:C:1999:575, paras. 51-54; y de 21 de noviembre de 2006, as. C-168/04, *Comisión c. Austria*, EU:C:2001:595, paras. 47-49.

En tercer lugar, sólo en algunos casos el control se extiende además –y a diferencia de lo que resulta habitual en la jurisprudencia sobre reconocimiento mutuo derivado de otras libertades de circulación– al tercer escalón del test de proporcionalidad (proporcionalidad en sentido estricto). De nuevo es relevante en este sentido la jurisprudencia relativa al régimen aplicable a los trabajadores desplazados del prestador del servicio. Una vez comprobada la necesidad de aplicar el régimen laboral previsto en el Estado de destino para proteger a los trabajadores desplazados, debe aún comprobarse si tal obstáculo resulta proporcionado a la consecución de tal objetivo, habida cuenta de todos los elementos pertinentes. A tal fin se:

«debería ponderar, por una parte, las cargas administrativas y económicas que se imponen a los prestadores de servicios con arreglo a dicha normativa y, por otra, el aumento de la protección social que ésta otorga a los trabajadores en comparación con la que garantiza la normativa del Estado miembro de establecimiento de su empresario»<sup>89</sup>.

Por último, conviene destacar que el criterio de equivalencia, que habitualmente funciona como presupuesto para que los Estados miembros estén obligados a reconocer los servicios prestados por operadores establecidos en otros Estados miembros, puede desplegar un rol diametralmente opuesto en el contexto de ciertos servicios respecto de los cuales rige el criterio de recepción nacional. Así sucede en el caso de los servicios de asistencia médica: sólo existe obligación de reconocimiento mutuo allá donde no exista equivalencia entre, por un lado, la prestación médica disponible en las clínicas que dispongan de convenio con el Estado de afiliación del asegurado, y, de otra parte, la prestación que éste recibe en el Estado miembro en el que efectivamente recibe el servicio, pues sólo en este caso podrá considerarse necesaria la recepción del servicio en el extranjero. Según el Tribunal de Justicia, resulta compatible con el Tratado una medida nacional que supedita a autorización administrativa previa la cobertura, por parte del sistema nacional de seguridad social, de la asistencia hospitalaria dispensada en un Estado miembro distinto del de afiliación, siempre que, entre otros requisitos, tal autorización sólo pueda denegarse:

«cuando sea posible obtener un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia para el paciente en tiempo útil en el territorio del Estado miembro en el que esté establecida la caja del seguro de enfermedad a la que esté afiliado el asegurado»<sup>90</sup>.

#### 4. PERSONAS

Tal y como se ha adelantado, la circulación de personas en el desarrollo de actividades económicas puede fundamentarse en el ejercicio de diversas libertades: a la libre prestación de servicios por trabajadores autónomos y empresas (*supra* 3.), que comprende el desplazamiento transfronterizo de trabajadores, debe añadirse la libertad de establecimiento del art. 49 TFUE (*infra* 4.1.) y la libertad de circulación de trabajadores

<sup>89</sup> STJUE de 25 de octubre de 2001, as. ac. C-49/98, C-50/98, C-52 a C-53/98, C-54/98 y C-68 a C-71/98, *Finalarte*, EU:C:2001:564, paras. 49-50.

<sup>90</sup> SSTJUE de 12 de julio de 2001, as. C-157/99, *Smits y Peerbooms*, EU:C:2001:404, paras. 99-107; de 13 de mayo de 2003, as. C-385/99, *Müller-Fauré y Van Riet*, EU:C:2003:270, paras. 89-92; y de 23 de octubre de 2003, as. C-56/01, *Inizan*, EU:C:2003:578, paras. 56-59.

del art. 45 TFUE (*infra* 4.2.). Por último, el reconocimiento mutuo de diplomas reclama un análisis separado por disponer de una base jurídica específica (art. 53 TFUE) y operar simultáneamente en el ámbito de diversas libertades (*infra* 4.3.).

#### 4.1. Libertad de establecimiento

El asunto *Gebhard*<sup>91</sup>, relativo al reconocimiento de cualificaciones profesionales para el ejercicio de la libertad de establecimiento, suele citarse como la formulación general del principio de reconocimiento mutuo de personas, equivalente por tanto a *Cassis de Dijon* y a *Säger* en cuanto a las libertades de circulación de mercancías y de servicios, respectivamente. *Gebhard* es, además, la primera aproximación del Tribunal de Justicia al principio de reconocimiento mutuo como canon horizontal aplicable a todas las libertades de circulación<sup>92</sup>. El señor Gebhard era un ciudadano alemán habilitado en su país para ejercer como *Rechtsanwalt* que se estableció en Italia y comenzó a prestar servicios de asesoramiento jurídico utilizando la denominación de *avvocato* sin haberse inscrito en el colegio profesional correspondiente. La sentencia parte de que la libertad de establecimiento debe ejercerse en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales<sup>93</sup>. Sin embargo, las normas nacionales que fijan esas condiciones deben cumplir ciertas exigencias que se definen a partir del test del acceso al mercado construido previamente para mercancías y servicios. Es aquí donde el Tribunal pasa a referirse a las libertades de circulación en términos generales y establece que las medidas nacionales capaces de obstaculizar o de hacer menos atractivos su ejercicio debían cumplir cuatro condiciones cumulativas:<sup>94</sup> (i) aplicación sin discriminación por razón de la nacionalidad; (ii) justificación por razones imperiosas de interés público; (iii) adecuación para el cumplimiento del objetivo propuesto; y (iv) necesidad para alcanzar tal objetivo, con los deberes de toma en consideración de los estándares satisfechos en el Estado de origen y de comparación con los exigidos en el Estado de destino como corolarios lógicos de la exigencia de proporcionalidad<sup>95</sup>.

La jurisprudencia relativa a la libertad de establecimiento es especialmente relevante en relación con el Derecho de sociedades, al extender el mecanismo del reconocimiento mutuo a aspectos tales como la personalidad jurídica, la capacidad jurídica o la denominación de una compañía. En síntesis, el Tribunal de Justicia interpreta que las sociedades que han sido legalmente fundadas y registradas en un Estado miembro y pretenden establecerse en otro, deben ver reconocido en éste el estatuto jurídico derivado de la legislación del Estado de origen. Así, en cuanto al reconocimiento de la personalidad jurídica y la consiguiente inscripción registral de las compañías como requisito para el acceso al mercado del Estado miembro de destino o acogida, el Tribunal declaró en *Centros* que las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro:

---

<sup>91</sup> STJUE de 30 de noviembre de 1995, as. C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, EU:C:1995:411.

<sup>92</sup> Cfr. JANSSENS (2013: 18), con ulteriores referencias.

<sup>93</sup> STJUE de 30 de noviembre de 1995, as. C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, EU:C:1995:411, para. 33.

<sup>94</sup> STJUE de 30 de noviembre de 1995, as. C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, EU:C:1995:411, para. 37.

<sup>95</sup> STJUE de 30 de noviembre de 1995, as. C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, EU:C:1995:411, para. 38.



«tienen derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro por medio de una agencia, sucursal o filial, sirviendo la localización de su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro»<sup>96</sup>.

En *Überseering* el Tribunal señalaría que el ejercicio de la libertad de establecimiento implica necesariamente el reconocimiento de dichas sociedades por todo Estado miembro en el que deseen establecerse<sup>97</sup>. La obligación de reconocimiento mutuo se extiende a la capacidad jurídica de la compañía que ejerce la libertad de establecimiento. El Estado de destino se encuentra obligado a:

«reconocer la capacidad jurídica y, por tanto, la capacidad procesal que dicha sociedad tiene de conformidad con el Derecho de su Estado de constitución»<sup>98</sup>.

La obligación de reconocimiento alcanza también a las normas del Estado de origen relativas a los requisitos de constitución de la sociedad que ejerce la libertad de establecimiento. En *Inspire Arts* el Tribunal concluyó que es contraria al Tratado la exigencia de que las sociedades creadas en otro Estado miembro hayan de satisfacer las exigencias previstas en la normativa del Estado de destino respecto del capital social mínimo y la responsabilidad de los administradores, por cuanto la protección de los acreedores perseguida con tal exigencia puede satisfacerse de manera suficiente con medidas menos restrictivas de la libertad de establecimiento, tales como la identificación formal de la compañía como formalmente extranjera en el tráfico jurídico<sup>99</sup>. En cuanto al reconocimiento de la denominación comercial del sujeto que ejerce la libertad de establecimiento, el Tribunal señaló en *Pfeiffer* (1999) que la prohibición de que una compañía utilice, en el Estado miembro de destino, el mismo nombre que utiliza en su Estado de origen se encuentra *prima facie* prohibida por el Tratado, ya que puede hacer menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento al «obstaculizar que dichas empresas apliquen un concepto publicitario uniforme a escala comunitaria».

En todos estos casos la libertad de establecimiento impone a los Estados miembros una obligación *prima facie* de reconocimiento mutuo que, sin embargo, puede quedar desplazada si la medida nacional no es discriminatoria, puede ampararse en una razón imperiosa de interés general (por ejemplo, la protección de la propiedad industrial y

---

<sup>96</sup> STJUE de 9 de marzo de 1999, as. C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, EU:C:1999:126, para. 21.

<sup>97</sup> STJUE de 5 de noviembre de 2002, as. C-208/00, *Überseering VB c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, EU:C:2002:632, paras. 59-60.

<sup>98</sup> STJUE de 5 de noviembre de 2002, as. C-208/00, *Überseering VB c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, EU:C:2002:632, paras. 82 y 95. El asunto de fondo estaba referido a una normativa nacional que negaba a una compañía ya establecida en el Estado de acogida la capacidad procesal para defender sus derechos contractuales ante un órgano judicial de tal Estado, con la consiguiente *obstaculización o pérdida de atractivo del ejercicio* de la libertad de establecimiento.

<sup>99</sup> STJUE de 30 de septiembre de 2003, as. C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd*, EU:C:2003:512, para. 135.

comercial contra los riesgos de confusión) y satisface las exigencias de adecuación y necesidad en las que, con carácter general, se concreta el principio de proporcionalidad<sup>100</sup>.

Los pronunciamientos citados ponen de manifiesto que, en relación con el acceso a la actividad, la libertad de establecimiento opera como una prohibición de medidas restrictivas y no como una simple prohibición de medidas discriminatorias. Lo que no está claro, sin embargo, es si ocurre o no lo mismo respecto de las medidas nacionales que se proyectan sobre el modo en que la actividad debe ejercerse una vez que se ha accedido al mercado en el Estado de destino. Tradicionalmente ésta era una diferencia clave entre las dos modalidades de prestación de servicios (con y sin establecimiento). Y así continúa siendo, con carácter general, en cuanto a la regulación sectorial del mercado: el régimen que se aplica en el desarrollo de su actividad a los profesionales autónomos, a las filiales de los operadores energéticos o a las sucursales de las empresas de transporte es el previsto en la legislación del Estado de destino. Sin embargo, el Tribunal ha ido extendiendo con el tiempo la noción de acceso al mercado y, con ella, la interpretación amplia de la prohibición general derivada del art. 49 TFUE, hasta cubrir con ella algunas medidas nacionales que se proyectan sobre el desarrollo y no sobre el acceso a la actividad. Suele ponerse como ejemplo el asunto *CaixaBanc France*, donde el Tribunal de Justicia declaró que la prohibición a una entidad de crédito, filial de una sociedad de otro Estado miembro, de remunerar las cuentas corrientes abiertas por residentes del primer Estado miembro, constituye una restricción de la libertad de establecimiento porque:

«obstaculiza la captación de fondos del público por parte de las entidades de crédito, filiales de sociedades extranjeras, al privarlas de la posibilidad de competir de forma más eficaz, mediante la remuneración de las cuentas corrientes, con las entidades de crédito tradicionalmente implantadas en el Estado miembro de establecimiento, dotadas de una extensa red de agencias y que disponen por tanto de mayores facilidades que dichas filiales para captar fondos del público»<sup>101</sup>.

La medida nacional controvertida se proyecta sobre el ejercicio de la actividad y no sobre el acceso. Sin embargo, la argumentación del Tribunal, aun formalmente construida a partir de la noción de obstáculo al ejercicio de la libertad, parece descansar sobre la apreciación de un tratamiento material o indirectamente discriminatorio en perjuicio de las filiales de sociedades extranjeras. Esta circunstancia, unida a la ausencia de resoluciones judiciales que extiendan el principio de reconocimiento mutuo a otros ámbitos de la regulación sectorial del mercado, justifican el mantenimiento de la distinción, a estos efectos, entre libertad de prestación de servicios transfronterizos y derecho de establecimiento.

Otro ámbito en el que el Tribunal ha extendido, aún de forma dubitativa, el enfoque del acceso al mercado al ejercicio de la actividad por parte de las empresas que se han

<sup>100</sup> STJUE de 9 de marzo de 1999, as. C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, EU:C:1999:126, para. 34; STJUE de 5 de noviembre de 2002, as. C-208/00, *Überseering VB c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, EU:C:2002:632, para. 83; STJUE de 30 de septiembre de 2003, as. C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd*, EU:C:2003:512, para. 121; y STJUE de 11 de mayo de 1999, as. C-255/97, *Pfeiffer Grosshandel GmbH c. Löwa Warenhandel GmbH*, EU:C:1999:240, paras. 20-23.

<sup>101</sup> STJUE de 5 de octubre de 2004, as. C-442/02, *CaixaBanc France*, ECLI:EU:C:2004:586.

establecido en otro Estado miembro es el de las medidas tributarias<sup>102</sup>. Tradicionalmente, las normas tributarias estaban sujetas al test de la no discriminación<sup>103</sup>. Con posterioridad el Tribunal las ha sometido también al canon de la prohibición de las medidas restrictivas, con la consecuencia de que la existencia de diferentes niveles de presión fiscal pasa con ello a considerarse una resticción *prima facie* prohibida y necesitada de justificación, sin perjuicio de aplicar posteriormente un criterio flexible a la hora de examinar su proporcionalidad<sup>104</sup>. Esta aproximación confiere al Tribunal un enorme poder a la hora de enjuiciar decisiones nacionales atinentes a la configuración de sus sistemas tributarios. Quizás por ese motivo el Tribunal ha relativizado esta doctrina en algunos asuntos y ha vuelto a aplicar el canon de la no discriminación<sup>105</sup>. En definitiva, en el marco de la libertad de establecimiento el principio de reconocimiento mutuo opera en todo caso respecto de las medidas nacionales que regulan el acceso a la actividad, mientras que su extensión a las que disciplinan el modo en que esa actividad ha de ser acometida es más dudosa y, en todo caso, vacilante.

## 4.2. Circulación de trabajadores

El Tribunal de Justicia también ha transitado desde la prohibición de la discriminación a la prohibición de los obstáculos a la libertad de movimiento en el ámbito de la libre circulación de trabajadores (art. 45 TFUE). El asunto clave es aquí *Bosman*, en el que se analizaban unas reglas que limitaban las transferencias de jugadores entre clubes. La sentencia sostiene que, aun siendo indistintamente aplicables, esas reglas:

«pueden restringir la libre circulación de los jugadores que deseen ejercer su actividad en otro Estado miembro impidiéndoles o disuadiéndolos de abandonar los clubes a los que pertenecen” y, por tanto, “constituyen un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores»<sup>106</sup>.

A la hora de delimitar el alcance de esta prohibición la jurisprudencia no ha ido tan lejos como en otros ámbitos del mercado interior. Por un lado, en algún pronunciamiento el Tribunal ha señalado que para apreciar una restricción de la libertad de circulación de trabajadores es preciso que el obstáculo no sea demasiado incierto o indirecto pues, de ser así, la medida no llegará a estar prohibida por el art. 45 TFUE<sup>107</sup>. Por otro lado, requisitos de acceso al mercado que en otras libertades serían considerados capaces de obstaculizar el ejercicio de las libertades dejan de quedar cubiertos por la de circulación de trabajadores. Así, por ejemplo, el requisito consistente en superar una prueba para acceder a una posición de empleado público no se considera capaz, por sí solo, de disuadir

<sup>102</sup> BARNARD (2010: 336 ss.).

<sup>103</sup> STJUE de 28 de noviembre de 1986, as. 270/83, *Comisión c. Francia (créditos fiscales)*, ECLI:EU:C:1986:37.

<sup>104</sup> STJUE de 13 de diciembre de 2005, as. C-446/03, *Marks & Spencer*, ECLI:EU:C:2005:763.

<sup>105</sup> STJUE de 12 de diciembre de 2006, as. C-446/04, *FII Group Litigation*, ECLI:EU:C:2006:774; y de 12 de diciembre de 2006, as. C-374/04, *ACT Group Litigation*, ECLI:EU:C:2006:773.

<sup>106</sup> STJUE de 15 de diciembre de 1995, as. C-415/93, *Bosman*, ECLI:EU:C:1995:463, paras. 98 ss. y 103. En el mismo sentido se pronuncian las SSTJUE de 27 de enero de 2000, C-190/98, *Graf*, ECLI:EU:C:2000:49, para. 18; y de 15 de septiembre de 2005, as. C-464/02, *Comisión c. Dinamarca (vehículos de empresa)*, ECLI:EU:C:2005:546, para. 45.

<sup>107</sup> STJUE de 27 de enero de 2000, C-190/98, *Graf*, ECLI:EU:C:2000:49, paras. 24-25.



a trabajadores procedentes de otros Estados miembros de ejercer su libertad de movimiento<sup>108</sup>.

Al igual que ocurre con otras libertades, incluso en el caso de que esté *prima facie* prohibida la medida puede llegar a aceptarse si está objetivamente justificada y satisface el principio de proporcionalidad. Un ejemplo ilustrativo es la sentencia *Lyyski*, en la que el Tribunal se pronunció acerca de una normativa nacional que regulaba con carácter transitorio una formación destinada a cubrir a corto plazo las necesidades de profesores cualificados en Suecia y que exigía que los solicitantes de dicha formación estuvieran empleados en un centro docente sueco. El Tribunal parte de que esa norma constituye un obstáculo que dificulta el ejercicio de la libre circulación de trabajadores, pero entiende que puede estar justificada por la necesidad de mejorar el sistema de formación de profesores siempre que se aplique flexiblemente y contemple la posibilidad de reconocer excepciones<sup>109</sup>.

### 4.3. Cualificaciones profesionales

Un ámbito con sustantividad propia es el del reconocimiento mutuo de las cualificaciones profesionales acreditadas a través de decisiones administrativas singulares del Estado de origen en la forma de diplomas, certificados o licencias, o incluso derivadas de la mera experiencia o ejercicio de una actividad durante un determinado periodo de tiempo. El art. 53 TFUE contempla una base jurídica específica para la aprobación de directivas sobre reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos. Sin embargo, con independencia de la existencia de esas normas de Derecho derivado el reconocimiento mutuo opera directamente desde las normas que reconocen las libertades de prestación de servicios (art. 56 TFUE), de establecimiento (art. 49 TFUE) y de circulación de trabajadores (art. 45 TFUE)<sup>110</sup>.

Sin perjuicio de contar con algunos antecedentes<sup>111</sup>, la primera formulación completa del principio de reconocimiento mutuo judicial de diplomas en el contexto de la libertad de establecimiento se remonta al caso *Vlassopoulou* (1991)<sup>112</sup>. El Tribunal de Justicia señaló entonces que el Estado miembro en el que se solicite autorización para ejercer una profesión cuyo acceso esté subordinado, con arreglo a la normativa nacional, a la posesión de un diploma, certificado u otro título «deberá tomar en cuenta» los que ya ostente el interesado, realizar «una comparación entre la capacidad acreditada por dichos diplomas y los conocimientos y aptitudes exigidos por las disposiciones nacionales» y, en fin, proceder al reconocimiento allí donde se constate que «el diploma extranjero certifica en su titular conocimientos y aptitudes, si no idénticos, al menos equivalentes a los acreditados por el diploma nacional». En caso de equivalencia sólo parcial, el reconocimiento puede supeditarse a la exigencia de que el interesado «demuestre haber

<sup>108</sup> STJUE de 9 de septiembre de 2003, as. C-285/01, *Burbaud*, ECLI:EU:C:2003:432, paras. 96-97.

<sup>109</sup> STJUE de 11 de enero de 2007, C-40/05, *Lyyski*, ECLI:EU:C:2007:10, para. 49.

<sup>110</sup> SSTJUE de 28 de abril de 1977, as. 71-76, *Thieffry*, ECLI:EU:C:1977:65, para. 17; y de 14 de septiembre de 2000, as. C-238/98, *Hocsman c. Ministre de l'Emploi et de la Solidarité*, EU:C:2000:440, para. 31.

<sup>111</sup> SSTJUE de 28 de abril de 1977, as. 71/76, *Jean Thieffry c. Conseil de l'ordre des avocats à la cour de Paris*, EU:C:1977:65, para. 27; y de 28 de junio de 1977, as. 11/77, *Richard Hugh Patrick contra Ministre des affaires culturelles*, EU:C:1977:113, para. 18.

<sup>112</sup> STJUE de 7 de mayo de 1991, as. C-340/89, *Irène Vlassopoulou c. Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, EU:C:1991:193.

adquirido los conocimientos y aptitudes que le faltan». Asimismo, el análisis de la equivalencia «debe ser realizado por las autoridades nacionales con arreglo a un procedimiento que se ajuste a las exigencias del Derecho comunitario, relativas a la protección efectiva de los derechos fundamentales conferidos por el Tratado», de lo que se deriva a su vez que «toda decisión de las autoridades nacionales, adoptada en el marco de dicho examen, debe ser susceptible de recurso judicial que permita verificar su legalidad en relación con el Derecho comunitario y que el interesado conozca los motivos en que se basa dicha decisión»<sup>113</sup>.

La estructura del principio de reconocimiento mutuo de cualificaciones profesionales no varía cuando éstas se refieren a la libertad de circulación de trabajadores. En este contexto, los primeros antecedentes del principio de reconocimiento mutuo de diplomas pueden identificarse en la sentencia *Heylens*<sup>114</sup>, aunque la jurisprudencia posterior a 1991 se ha apoyado sistemáticamente en *Vlassopoulou*, con algunos desarrollos adicionales en cuanto al reconocimiento de la aptitud y experiencia adquirida en el Estado de origen que no hubiese culminado con la obtención de la correspondiente cualificación profesional en tal Estado. Así, por ejemplo, en *Morgenbesser* (2003) el Tribunal señaló que el reconocimiento mutuo se extiende a quienes en el Estado de origen hubieran obtenido sólo parcialmente la cualificación profesional necesaria para acceder a una profesión equivalente a aquélla a la que pretenden acceder en el Estado de destino<sup>115</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia gira, en síntesis, en torno a tres elementos. De un lado, se parte de la premisa de que, en ausencia de armonización completa a escala comunitaria, la regulación de los requisitos de aptitud necesarios para la libre circulación de personas corresponde a los Estados miembros, que se encuentran vinculados al efecto por la obligación *prima facie* de reconocer las cualificaciones obtenidas en el Estado de origen. Por otra parte, se admite la posibilidad de que el Estado miembro de destino exija determinados requisitos de aptitud, cualificación o experiencia para el ejercicio de la libre circulación de personas, siempre y cuando el doble estándar que ello supone esté justificado en una razón imperiosa de interés general y sea proporcionado a tal objetivo<sup>116</sup>. Por último, la compatibilidad de la restricción con el Derecho primario se hace depender del cumplimiento de tres requisitos cumulativos: (i) la toma en consideración y valoración adecuada de las cualificaciones y de la experiencia obtenidas por la persona afectada en el Estado de origen; (ii) la comparación de tales requisitos, ya satisfechos en el Estado de origen, con los exigidos por la normativa del Estado de destino, de forma tal que existirá obligación de reconocimiento (total o parcial) en la medida en exista equivalencia entre ambos; y (iii) la existencia de un procedimiento autónomo en el Derecho del Estado

<sup>113</sup> STJUE de 7 de mayo de 1991, as. C-340/89, *Irène Vlassopoulou c. Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, EU:C:1991:193, paras. 16, 17, 19 y 22. Esta línea jurisprudencial ha sido mantenida por el Tribunal con posterioridad, por ejemplo, en las SSTJUE de 7 de mayo de 1992, as. C-104/91, *Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria c. José Luis Aguirre Borrell y otros*, EU:C:1992:202, paras. 11-14; de 4 de febrero de 1994, as. C-319/92, *Salomone Haim c. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*, EU:C:1994:47, paras. 26-28; y de 8 de julio de 1999, as. C-234/97, *Teresa Fernández de Bobadilla c. Museo Nacional del Prado, Comité de Empresa del Museo Nacional del Prado y Ministerio Fiscal*, EU:C:1999:367, paras. 31-32.

<sup>114</sup> STJUE de 15 de octubre de 1987, as. 222/86, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) c. Georges Heylens y otros*, EU:C:1987:442, para. 17.

<sup>115</sup> STJUE de 13 de noviembre de 2003, as. C-313/01, *Christine Morgenbesser c. Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Genova*, EU:C:2003:612, paras. 63-67.

<sup>116</sup> Sobre estos dos escalones de análisis, vid. ROTH (2017: 437 s.).

miembro de acogida que permita comparar y verificar, en un margen razonable de tiempo, si existe o no equivalencia entre las cualificaciones obtenidas por el interesado en el Estado de origen y las exigidas en el Estado de destino, así como de la posibilidad de someter la decisión resultante de tal procedimiento, que ha de ser motivada, a control judicial<sup>117</sup>. Aunque en su mayor parte estos tres requisitos se encuentran presentes también en la jurisprudencia relativa a mercancías y servicios, el Tribunal de Justicia parece otorgarles en este ámbito un rol preeminente, así como configurarlos como elementos de con sustantividad propia, a pesar de que puedan entenderse incluidos en el juicio de necesidad.

No obstante, tampoco en el contexto de las cualificaciones profesionales el principio de reconocimiento mutuo es aplicado siempre con la misma intensidad por parte del Tribunal de Justicia. En particular, su alcance se ha flexibilizado en ocasiones respecto del ejercicio de ciertas actividades que afectan a intereses especialmente vinculados a áreas sensibles de la política de los Estados miembros, como sucede con las profesiones médicas y paramédicas. Así, en *Bouchouca* el Tribunal se limitó a constatar que «mientras no exista una regulación comunitaria del ejercicio de la osteopatía como profesión, cada Estado miembro es libre de regular el ejercicio de esta actividad en su territorio, sin establecer discriminaciones entre sus propios nacionales y los de los otros Estados miembros», así como que resulta legítimo y no arbitrario que los Estados miembros reserven el acceso a las actividades de osteopatía a quienes posean de un título superior cuyo alcance y validez haya sido reconocido por una norma comunitaria<sup>118</sup>.

## 5. CAPITALES

### 5.1. Régimen general

El reconocimiento mutuo derivado de la libertad de circulación de capitales (arts. 63 ss. TFUE) presenta diferencias relevantes frente a las restantes libertades. De un lado, su desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal de Justicia ha sido significativamente menor y más tardío que en el caso de las mercancías, servicios y personas<sup>119</sup>. Por otra parte, el alcance del reconocimiento mutuo en el contexto de la libertad de circulación de capitales presenta peculiaridades derivadas del ámbito de aplicación de tal libertad, al menos por dos motivos. En primer lugar, frente a lo que sucede en el resto de áreas examinadas, esta libertad resulta aplicable a los movimientos de capital realizados no sólo entre los Estados miembros, sino también entre los Estados miembros y terceros países (art. 63 TFUE). En segundo lugar, el Derecho primario salvaguarda expresamente la competencia de los Estados miembros para aplicar su normativa fiscal siempre que se cumplan determinados requisitos, en particular los mandatos de no discriminación y de no restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos (art. 65 TFUE).

El ejercicio de la libertad de circulación de capitales puede solaparse con el de otras libertades de circulación, de modo que en ocasiones el Tribunal de Justicia parece aplicarlas conjuntamente. No obstante, el Tribunal encuadra de modo inequívoco el asunto dentro del ámbito de aplicación el art. 63 TFUE en los cinco ámbitos siguientes:

<sup>117</sup> Vid. JANSSENS (2013:16 ss.); VAN BALLEGOOIJ (2015: 87 ss.).

<sup>118</sup> STJUE de 3 de octubre de 1990, as. C-61/89, *Marc Gaston Bouchouca*, EU:C:1990:343, paras. 12-15.

<sup>119</sup> JANSSENS (2013: 21).

la adquisición de propiedades e inversiones, las transacciones financieras, los préstamos, las inversiones en sociedades y los casos de acciones de oro<sup>120</sup>.

El Tribunal de Justicia considera que el art. 63 TFUE prohíbe las medidas nacionales que inciden sobre esas operaciones y que dispensan un tratamiento discriminatorio en función del origen de la inversión. Sin embargo, también aquí ha terminado el Tribunal ampliando el alcance de la prohibición para cubrir medidas indistintamente aplicables que restringen u obstaculizan el ejercicio de la libertad de circulación. En el asunto *Comisión c. Portugal* sostiene que la prohibición del art. 63 TFUE «va más allá de la eliminación de toda desigualdad de trato de los operadores en los mercados financieros basada en su nacionalidad», de modo que la reserva de autorización para adquirir determinada participación en una sociedad privatizada, aunque no da lugar a un trato desigual, «puede impedir la adquisición de acciones en las empresas afectadas y disuadir a los inversores de otros Estados miembros de invertir en el capital de dichas empresas»<sup>121</sup>. Otro ejemplo es el asunto *Comisión c. Italia (empresas de trabajo temporal)*, en el que se enjuiciaba una normativa nacional que exigía a un no residente, para obtener una determinada autorización administrativa, la constitución de una fianza en una entidad de crédito establecida en el territorio nacional. Según el Tribunal, una medida de este tipo resulta contraria a la libre circulación de capitales:

«en la medida en que impide a una empresa que desee ejercer la actividad de suministro de trabajo temporal en Italia presentar una fianza constituida en una entidad de crédito establecido en otro Estado miembro, con vistas a la obtención de la autorización necesaria para ello»<sup>122</sup>.

Como ocurre en otras libertades, que una medida nacional se encuentre *prima facie* prohibida por el art. 63 TFUE no impide que pueda llegar a quedar justificada en virtud de las excepciones previstas en el Tratado o de la doctrina de las razones imperiosas de interés general. En el asunto *Comisión c. Portugal (acción de oro)* se afirma que la libre circulación de capitales:

«sólo puede limitarse mediante una normativa nacional si ésta se halla justificada por razones contempladas en el [art. 63.1.d) TFUE] o por razones imperiosas de interés general que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida. Además, para que pueda justificarse de esta manera, la normativa nacional en cuestión debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no ir más allá de lo necesario para alcanzarlo, a fin de respetar el criterio de proporcionalidad»<sup>123</sup>.

## 5.2. Medidas tributarias

---

<sup>120</sup> BARNARD (2010: 569).

<sup>121</sup> STJUE de 4 de junio de 2002, as. C-367/98, *Comisión c. Portugal (acción de oro)*, ECLI:EU:C:2002:326, paras. 44 y 45.

<sup>122</sup> STJUE de 7 de febrero de 2002, *Comisión c. Italia*, EU:C:2002:89, paras. 37-38.

<sup>123</sup> STJUE de 4 de junio de 2002, as. C-367/98, *Comisión c. Portugal (acción de oro)*, ECLI:EU:C:2002:326, para. 49.

Las medidas tributarias han recibido un tratamiento parcialmente diferente debido a que el art. 65.1 a) TFUE establece expresamente una excepción a la prohibición del art. 63 TFUE, al permitir a los Estados miembros aplicar normas tributarias “que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital”. Esta previsión explica que en estos casos resulte una obligación de reconocimiento mutuo muy limitada, que parece activarse sólo como corolario del principio de no discriminación. Como consecuencia de ello, la jurisprudencia relevante en este contexto suele manejar la noción de equivalencia en un sentido netamente distinto al que aparece en los asuntos relacionados con el reconocimiento mutuo de mercancías, servicios y personas. La equivalencia se refiere, normalmente, a la comparación entre el nivel de protección otorgado al interés general relevante en cada caso por los Estados de origen y de destino o acogida, para concluir con la existencia de una obligación de reconocer allí donde éste resulte semejante, debido a la falta de necesidad de duplicar los mecanismos de protección. En cambio, en el contexto de la libre circulación de capitales, el Tribunal se limita a examinar si existe o no equivalencia entre las situaciones de quienes la ejercitan y quienes no lo hacen, a los únicos efectos de determinar si las medidas nacionales que les son aplicables son discriminatorias por tratar de manera distinta situaciones iguales, o por tratar igualmente situaciones distintas. En caso de existir discriminación, no obstante, la medida aún puede ser compatible con el Tratado si se encuentra justificada y resulta necesaria para alcanzar su objetivo.

Las observaciones anteriores se basan principalmente en la jurisprudencia relativa al régimen de fiscalidad directa aplicable a los pagos transfronterizos de dividendos o de otros rendimientos del capital. En este ámbito, el Tribunal de Justicia se ha referido, por ejemplo, a las normas nacionales que prevén ventajas fiscales para aquellos de sus residentes que perciban dividendos de una sociedad establecida en ese mismo Estado miembro. La finalidad de tales medidas es evitar la doble imposición que resultaría de su tributación como rendimiento empresarial, primero, y como renta personal de los accionistas, después. Según el Tribunal de Justicia, tales normas fiscales resultan contrarias al art. 63 TFUE si no prevén un régimen de beneficios fiscales análogo para los dividendos percibidos por los residentes gracias a la participación en compañías establecidas en otros Estados miembros, en la medida en que tales dividendos estén ya sometidas a una primera imposición (del beneficio empresarial) en el Estado de establecimiento y, por lo tanto, su situación sea equiparable a la de los contribuyentes que perciben dividendos no transfronterizos<sup>124</sup>.

Siguiendo la misma lógica, el Tribunal de Justicia ha declarado en *Meilicke* la obligación del Estado de residencia del perceptor del dividendo empresarial de tener en cuenta, a la hora de someter a éste a tributación, las obligaciones tributarias ya satisfechas por el capital en el Estado de residencia de la sociedad, pues la tributación ya soportada por los rendimientos del capital era tenida en cuenta para el cálculo de la deuda tributaria de quienes percibían dividendos de sociedades internas. Además, ha señalado que los controles dirigidos a verificar la equivalencia entre los requisitos exigidos por el Estado

---

<sup>124</sup> SSTJUE de 15 de julio de 2004, *Lenz*, EU:C:2004:446 ; y de 7 de septiembre de 2004, *Manninen*, EU:C:2004:484.



de imposición para optar a la ventaja fiscal, y aquellos ya satisfechos en el Estado de residencia, no deben aplicarse de manera excesivamente formalista<sup>125</sup>.

En *Centro di Musicologia* una norma nacional sometía a tributación los rendimientos del capital inmobiliario (rentas derivadas de arrendamientos), y establecía determinados requisitos objetivos para otorgar ventajas fiscales a entidades de utilidad pública. El Tribunal declaró contrario al Tratado conceder tales ventajas fiscales únicamente a los contribuyentes residentes en el Estado de imposición, pero no a los contribuyentes no residentes que, sin embargo, satisfacen los criterios establecidos para optar a ellas. Ello supone la obligación de tener en cuenta las circunstancias de quien ejerce la libertad de circulación de capitales, permitiéndole aportar las justificaciones necesarias en cuanto al cumplimiento de los requisitos establecidos en el Estado de imposición, o incluso aplicando medidas de control que permitan:

«comprobar, de manera clara y precisa, si ésta reúne los requisitos establecidos en la legislación nacional para acogerse a la exención y a controlar su gestión efectiva exigiendo, por ejemplo, la presentación de las cuentas anuales y de un informe de actividades»<sup>126</sup>.

El mismo criterio se ha aplicado, en fin, cuando el beneficio fiscal se refiere a donativos realizados por personas físicas residentes en el Estado de imposición en favor de entidades de utilidad pública no residentes<sup>127</sup>.

## 6. RECONOCIMIENTO MUTUO JUDICIAL

Una vez analizada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con las diversas libertades, procede realizar a continuación algunas observaciones generales acerca del funcionamiento y alcance del reconocimiento mutuo judicial, esto es, del que resulta directamente de las libertades de circulación reconocidas en el Tratado en los ámbitos no sometidos a regulación armonizada.

### 6.1. Convergencia y pluralismo

La jurisprudencia del Tribunal acerca de las cuatro libertades refleja un complejo equilibrio entre unidad y diversidad. Por una parte, en todas ellas se observan algunos elementos que proporcionan una cierta reducción a la unidad. El más relevante es la tendencia a superar un enfoque basado en la prohibición de las medidas discriminatorias en beneficio de otro centrado en la prohibición de obstáculos y restricciones. Como afirmó el Abogado General Bot en el asunto *Comisión c. Italia (trailers)*:

“Evidentemente, las analogías entre las libertades de circulación de mercancías, de personas, de servicios y de capitales no son perfectas. No obstante, el modo en

<sup>125</sup> STJUE de 30 de junio de 2011, as. C-262/09, *Meilicke y otros*, EU:C:2011:438, paras. 45-47.

<sup>126</sup> STJUE de 14 de septiembre de 2006, *Centro di Musicologia*, EU:C:2006:568, paras. 48-49.

<sup>127</sup> STJUE de 27 de enero de 2009, *Persche*, EU:C:2009:33, paras. 49-58.

que se consideran las restricciones a dichas libertades diferentes tiene en común que se basa en la existencia de un obstáculo al acceso al mercado”<sup>128</sup>.

Esta evolución extiende el principio de reconocimiento mutuo y con ello intensifica considerablemente la potencia de la integración negativa resultante de las libertades de circulación. El canon de control al que el Tribunal somete las medidas nacionales adquiere también una estructura común: una prohibición *prima facie* de las medidas que puedan restringir u obstaculizar el ejercicio de las libertades que el Tribunal interpreta de manera muy generosa, acompañada de la posibilidad de justificar aquéllas que se vinculen a razones de interés público y que satisfagan el principio de proporcionalidad<sup>129</sup>. Las libertades de circulación se dotan así de una estructura normativa ciertamente generalizada en el Derecho constitucional comparado<sup>130</sup>. Esa estructura conduce a su vez a la aplicación de un canon de control que se desarrolla en dos fases sucesivas: en la primera se comprueba si la medida está o no *prima facie* prohibida, mientras que en la segunda se comprueba si lo está con carácter definitivo o si, por contrario, puede justificarse de acuerdo con algún sistema de excepciones (*rule of reason*). Asimismo, este canon de control fortalece la posición institucional del Tribunal de Justicia frente a los Estados miembros, pues con la ampliación de la prohibición general también se amplía el alcance de su propia jurisdicción<sup>131</sup>. Esta circunstancia tiene su reflejo asimismo en el plano de la distribución horizontal del poder. La interpretación de las libertades como prohibiciones de medidas restrictivas conduce a la gestión judicial, a través de la *rule of reason*, del conflicto político no resuelto por las instituciones que intervienen en el procedimiento de regulación centralizada en el nivel superior europeo<sup>132</sup>.

Pero la convergencia no ha conducido hasta ahora a la uniformidad. La jurisprudencia analizada pone de manifiesto que ese canon de control contiene elementos que permiten al Tribunal dispensar una aplicación diferenciada al principio de reconocimiento mutuo. Más tarde se abundará en ello, pero pueden señalarse, a modo de ejemplo, la centralidad que tiene el procedimiento de examen de la equivalencia en la jurisprudencia sobre reconocimiento mutuo de cualificaciones profesionales y diplomas, la relevancia que ha tenido la doctrina *Keck* al frenar la tendencia expansiva en la interpretación del art. 34 TFUE, la mayor deferencia del Tribunal a la hora de controlar las medidas que se proyectan sobre el desarrollo de actividades una vez que se ha ejercido el derecho de establecimiento, o las particularidades del examen de las medidas fiscales en el ámbito de la circulación de servicios y, sobre todo, capitales<sup>133</sup>. Una de las ventajas del canon de control señalado es, en definitiva, que permite al Tribunal de Justicia adaptar su doctrina a las peculiares características que presentan, no sólo las diferentes libertades, sino también los distintos ámbitos sobre los que cada una de ellas se proyecta.

## 6.2. Reconocimiento mutuo y equivalencia

<sup>128</sup> Conclusiones de 8 de julio de 2008, as. C-110/05, *Comisión c. Italia (trailers)*, ECLI:EU:C:2006:646 para. 119.

<sup>129</sup> El caso paradigmático es la STJUE de 30 de noviembre de 1995, as. C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, EU:C:1995:411, para. 37.

<sup>130</sup> GARDBAUM (2011).

<sup>131</sup> MADURO (1998: 61 ss., 153 ss.).

<sup>132</sup> MADURO (2007: 824); MÖSTL (2010: 411); ARROYO JIMÉNEZ, *infra* Capítulo 6.

<sup>133</sup> JANSSEN (2015: 23), con ulteriores referencias.

Una cuestión central en relación con el principio de reconocimiento mutuo es el papel que ha de jugar la equivalencia entre las normas del Estado de origen y el de destino. En algunos ámbitos ese papel es particularmente relevante. Así ocurre, según acabamos de señalar, con el reconocimiento de cualificaciones profesionales y diplomas, pero también con los ensayos y pruebas de laboratorio o con las autorizaciones, licencias o permisos relacionados con el control *ex ante* de las mismas condiciones que se exigen en el Estado de destino<sup>134</sup>. La noción de equivalencia no se limita a operar en ciertos ámbitos, sino que está estructuralmente vinculada al principio de reconocimiento mutuo a través del requisito relativo a la proporcionalidad de la medida nacional. En principio, la decisión de impedir la circulación de bienes, servicios, personas o capitales por incumplir el Derecho del Estado de destino cuando éstos satisfacen requisitos equivalentes previstos en el Derecho de origen debe considerarse una medida innecesaria y, por lo tanto, desproporcionada y prohibida por las libertades de circulación. Pero la conexión también opera en sentido inverso: si los niveles de protección en ambos ordenamientos no son equivalentes la aplicación del Derecho de origen difícilmente será una medida alternativa menos restrictiva e igualmente eficaz.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia obliga a relativizar la conexión entre equivalencia y reconocimiento mutuo por dos motivos<sup>135</sup>. En primer lugar, el segundo puede desplegar efectos con independencia de la primera. En numerosas (y muy significativas) ocasiones el Tribunal de Justicia ha confirmado la obligación de reconocimiento mutuo de las autoridades de destino sin realizar el examen de equivalencia en la protección dispensada por las regulaciones de origen y destino. Así, por ejemplo, en *Cassis de Dijon* y en *Säger* el Tribunal declara la vulneración de las libertades de circulación de mercancías y de prestación de servicios porque las medidas controvertidas eran innecesarias y, por tanto, desproporcionadas sin necesidad de comparar el nivel de protección dispensado por el Derecho de origen. Y es que, efectivamente, la existencia de una protección equivalente en origen puede ser una de las razones por las que la medida controvertida resulte desproporcionada, pero en modo alguno es la única<sup>136</sup>.

En segundo lugar, el principio de reconocimiento mutuo puede no llegar a aplicarse aunque el nivel de protección derivado de las normas de origen y de destino parezcan semejantes. Se pueden encontrar ejemplos de este modo de proceder en la regulación de mercados de bienes y servicios particularmente sensibles como los juegos y apuestas deportivas<sup>137</sup>, la prestación de servicios sanitarios<sup>138</sup> o el comercio de mercancías que se consideran peligrosas para la juventud<sup>139</sup>. En estos casos el Tribunal de Justicia rechaza comprobar si la legislación de origen dispensa una protección equivalente al interés público aducido y aplica el principio de proporcionalidad a la vista, exclusivamente, del objetivo perseguido y del nivel de protección elegido por la autoridad de destino.

<sup>134</sup> Vid., por ejemplo, la STJUE de 28 de enero de 1986, as. 188/84, *Comisión/Francia (tipos de máquinas para trabajar la madera)*, ECLI:EU:C:1986:43.

<sup>135</sup> MADURO (2007, 820 s.); JANSSENS (2015: 33 ss.).

<sup>136</sup> ARMSTRONG (2002: 233 ss.), quien propone reservar la noción de reconocimiento mutuo para los supuestos de equivalencia funcional.

<sup>137</sup> STJUE de 8 de septiembre de 2009, as. C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, EU:C:2009:519.

<sup>138</sup> STJUE de 12 de julio de 2001, as. C-157/99, *Smits y Peerbooms*, EU:C:2001:404.

<sup>139</sup> STJUE de 14 de febrero de 2008, as. C-244/02, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH*, ECLI:EU:C:2008:85.



Por otro lado, no es sencillo establecer una relación unívoca entre el manejo del criterio de equivalencia y la intensidad del control realizado por el Tribunal de Justicia. El primer grupo de casos conduciría a pensar que los ámbitos en los que el Tribunal otorga más relevancia al criterio de la equivalencia reflejan una mayor deferencia respecto a las autoridades de destino. Sin embargo, el segundo grupo de casos obliga a relativizar esta conclusión, puesto que en ellos la intensidad del control se reduce, precisamente, como consecuencia de la renuncia a comparar los niveles de protección derivados de la legislación de origen y destino.

### 6.3. Reconocimiento mutuo y país de origen

El tercer problema es el de la relación que media entre el principio de reconocimiento mutuo y el principio de país de origen, en su doble dimensión relativa a la aplicación del Derecho y de los controles del Estado de origen. Hay una larga discusión académica acerca de si las dos nociones son equivalentes. Como suele ocurrir con frecuencia, la discrepancia se puede reducir mediante la distinción de las diversas acepciones con las que se manejan ambas nociones. El principio de reconocimiento mutuo es la denominación que recibe la consecuencia jurídica que se deriva de la aplicación de las libertades de circulación y, en concreto, de la prohibición de las medidas que restringen u obstaculizan su ejercicio. Esa consecuencia es la obligación de inaplicar las normas del Estado de destino a la circulación de los bienes, servicios, personas y capitales que cumplen la legislación propia del Estado del que proceden. Así entendido, el principio de reconocimiento mutuo tiene como consecuencia, allí donde las medidas nacionales no pueden quedar justificadas en virtud de la *rule of reason* o de las excepciones contempladas en el Tratado, la aplicación del Derecho de origen y la eficacia transnacional de las decisiones administrativas de control adoptadas por las autoridades del Estado de origen. Entendido en este sentido, que podemos calificar como amplio o lato, el principio de país de origen se confunde con el contenido del principio de reconocimiento mutuo.

Sin embargo, el principio de país de origen se concibe con frecuencia, en un sentido estricto, como una norma de conflicto que reparte entre los diversos Estados miembros la competencia para regular y controlar la circulación de productos, servicios, personas y capitales en función de su origen. Así entendido, el principio de país de origen vendría a atribuir positivamente a cada Estado miembro la competencia para regular la circulación en todo el territorio de la Unión de las mercancías y personas que de él proceden. Esta versión del principio de país de origen está presente en algunos sectores como consecuencia de su previsión en el Derecho derivado. Sin embargo, esta regla no se deriva de las normas de los Tratados en materia de libre circulación<sup>140</sup>. Por un lado, de la doctrina jurisprudencial que hemos analizado se deduce más bien lo contrario: en ausencia de armonización corresponde con carácter general al Estado de destino aprobar y aplicar las normas correspondientes al desarrollo de actividades económicas en su territorio, sin perjuicio de que, al hacerlo, esté sometido a los límites expuestos y de que, en caso de superarlos, las libertades de circulación puedan impedir su aplicación a los bienes,

---

<sup>140</sup> ROTH (2017: 433); JANSSENS (203: 40).

servicios, personas y capitales procedentes de otros Estados miembros<sup>141</sup>. Pero es que además, por otro lado, el Tribunal de Justicia ha negado expresamente que una tal regla se derive del Derecho primario, de forma que las normas de Derecho secundario pueden libremente separarse de ella<sup>142</sup>. En definitiva, desde la perspectiva del Derecho primario, la aplicación del Derecho de origen es la consecuencia negativa de la obligación de inaplicar las normas de destino cuando estas resultan subsumibles en la prohibición general y no puede justificarse en virtud de la *rule of reason* o de las excepciones previstas en el Tratado, pero no es el resultado de una atribución competencial general de la competencia de regulación y control al Estado de origen<sup>143</sup>.

#### 6.4. Flexibilidad y deferencia

Una conclusión que se ha adelantado parcialmente y que ahora conviene desarrollar es la de que el Tribunal de Justicia aplica el principio de reconocimiento mutuo con una intensidad variable. A la hora de enjuiciar las medidas nacionales desde la perspectiva de las libertades de circulación, el Tribunal ha restringido el espacio de autonomía que corresponde a las autoridades del Estado de destino en mayor o menor medida. Procede interrogarse ahora, separadamente, acerca de los elementos del canon de control que permiten esa flexibilidad y de los criterios que explican su uso por parte del Tribunal de Justicia.

El primero de esos elementos es el propio ámbito de aplicación de la obligación de reconocimiento mutuo. Hemos visto cómo en ciertos ámbitos el Tribunal no ha llegado a interpretar las libertades de circulación como normas que prohíben las medidas nacionales que obstaculizan o restringen los intercambios, sino tan sólo como normas que prohíben a los Estados miembros hacer de peor condición a las mercancías, personas y capitales que proceden de otros Estados miembros. Dicho de otro modo, el Tribunal de Justicia interpreta las libertades de circulación como normas dirigidas a luchar, según los casos, contra las medidas proteccionistas de los Estados miembros (test de la no discriminación) o contra las medidas restrictivas de la libertad (test del acceso al mercado)<sup>144</sup>. La delimitación de los supuestos en los que la libertad correspondiente se comporta de un modo u otro otorga al Tribunal la ocasión de alcanzar equilibrios distintos entre el impulso de la integración negativa y el respeto a la autonomía regulatoria de los Estados miembros<sup>145</sup>. En definitiva, detrás de esa alternativa interpretativa se esconden decisiones importantes acerca de la configuración de la estructura institucional de la Unión<sup>146</sup>, así como, según se comprobará más adelante, del modelo regulatorio<sup>147</sup>.

El segundo elemento de flexibilidad, al que ya se ha hecho referencia, es el propio criterio de la equivalencia. Hemos comprobado antes cómo el Tribunal otorga una relevancia variable al examen de la legislación de origen desde el punto de vista de la protección de

<sup>141</sup> MÖSTL (2010: 411); SSTJUE de 20 de febrero de 1979, as. 120/78 *Cassis de Dijon*, EU:C:1979:42, para. 8; y de 30 de noviembre de 1995, as. C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, EU:C:1995:411, para. 35;

<sup>142</sup> STJUE de 13 de mayo de 1997, as. C-233/94, *Alemania c. Parlamento y Consejo (sistemas de garantía de depósitos)*, ECLI:EU:C:1997:231, para. 64.

<sup>143</sup> ARMSTRONG (2002: 234); JANSSEN (2015: 39).

<sup>144</sup> MADURO (1998: 158 s.); SNELL (2010: 443 ss.); DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2010: 365 ss.).

<sup>145</sup> BARNARD y DEAKIN (2002: 204 ss.).

<sup>146</sup> MADURO (1998: 153 ss.).

<sup>147</sup> ARROYO JIMÉNEZ, *infra* Capítulo 6.

los intereses públicos aducidos por las autoridades de destino. Por eso es difícil identificar reglas estables en relación con el funcionamiento de este criterio. Tampoco puede observarse una relación abstracta, ajena a las circunstancias del caso, entre el criterio de equivalencia y la intensidad del control judicial. En efecto, en algunas ocasiones el examen de la equivalencia facilita la justificación de la medida nacional controvertida, mientras que en otros supuestos opera en sentido contrario.

El tercer elemento es, en fin, el mismo principio de proporcionalidad. Con carácter general, el Tribunal de Justicia sólo aplica los dos primeros elementos que integran la versión del principio más generalizada entre los Estados miembros y, por tanto, se limita a verificar que la medida nacional es congruente u objetivamente idónea para la protección del interés público aducido (adecuación) y que no hay medidas alternativas menos restrictivas e igualmente eficaces para la consecución de la finalidad que con ella se pretende (necesidad). Sólo en algunas ocasiones puntuales aplica el Tribunal de Justicia, además de estos dos elementos, el tercero y relativo a la comparación de los efectos de signo diverso que la medida puede desplegar sobre los principios afectados (proporcionalidad en sentido estricto).

Más allá de la estructura del control de proporcionalidad, el grado de deferencia con la que se ejerce depende de cómo distribuya el Tribunal en cada grupo de casos la carga de la argumentación, así como de la intensidad y precisión que se exija en cada uno de ellos. En principio, el control de proporcionalidad no tiene por qué ser más exigente por el hecho de que el canon se estructure en más o menos elementos, sino, sobre todo, por el rigor con el que esos elementos se apliquen. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se caracteriza por otorgar a los Estados miembros distintos grados de deferencia<sup>148</sup>.

El grado de deferencia es máximo en ámbitos del mercado interior en los que la regulación afecta a asuntos particularmente sensibles desde el punto de vista de las autoridades nacionales, ya sea porque se refieren a asuntos éticamente controvertidos como la interrupción del embarazo<sup>149</sup>, afectan a la moral pública como la pornografía<sup>150</sup>, inciden en particularidades sociales o culturales de un determinado Estado miembro como el régimen de los horarios comerciales<sup>151</sup>, de los juegos de azar<sup>152</sup> o de comercialización y consumo de algunas drogas<sup>153</sup>, o están vinculados de modo muy estrecho a la soberanía nacional como los impuestos directos<sup>154</sup>. Esa especial deferencia se concreta en la aceptación de la decisión del Estado de proteger el interés público relevante a través de la medida controvertida y, por tanto, el nivel de tutela que de ella se deriva, con algunas

---

<sup>148</sup> JANSSEN (2015: 41 ss.).

<sup>149</sup> STJUE de 4 de octubre de 1991, as. C-159/90, *Grogan*, ECLI:EU:C:1991:378, para. 20.

<sup>150</sup> STJUE de 14 de diciembre de 1979, as. 34/79, *Henn y Darby*, ECLI:EU:C:1979:295, para. 15.

<sup>151</sup> STJUE de 23 de noviembre de 1989, as. 145/88, *Torfaen Borough Council v B & Q plc.*, ECLI:EU:C:1989:593, para. 13.

<sup>152</sup> SSTJUE de 6 de marzo de 2007, as. acumulados C-338/04, C-359/04 y C-360/04, *Placanica*, EU:C:2007:133, para. 47; y de 8 de septiembre de 2009, as. C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, EU:C:2009:519, para. 57.

<sup>153</sup> STJUE de 16 de diciembre de 2010, as. C-137/09, *Josemans*, ECLI:EU:C:2010:774, paras. 74 ss.

<sup>154</sup> JANSSEN (2015: 47 s.), con numerosas referencias.

cautelas formales como la exigencia de adecuación y consistencia<sup>155</sup>, pero sin exigir una argumentación específica de la ausencia de medidas alternativas menos restrictivas.

Puede observarse un grado intermedio de deferencia en ámbitos relacionados con la sociedad del riesgo, como por ejemplo la protección de la salud pública<sup>156</sup>. El Tribunal suele reconocer que, en ámbitos caracterizados por la incertidumbre científica, corresponde a los Estados miembros elegir el nivel de protección de la salud pública. El principio de proporcionalidad se aplica sin referencias al nivel y a las técnicas de protección empleadas por el Derecho de origen y con un prudente manejo de los estudios científicos internacionales. En general, la carga de la argumentación que recae sobre el Estado de destino es aquí de reducida intensidad: su Derecho sólo deja de aplicarse cuando las autoridades nacionales no han realizado un análisis de riesgos<sup>157</sup> o cuando los estudios científicos permiten excluirlos con toda certeza<sup>158</sup>.

El Tribunal despliega un grado mínimo de deferencia frente a las autoridades nacionales en el ámbito del consumo, al menos cuando no están presentes consideraciones relativas a la protección de la salud o a la tutela de consumidores vulnerables. Fuera de estos supuestos, el Tribunal de Justicia realiza una aplicación rigurosa del principio de proporcionalidad. Por un lado, el nivel de protección no es ni el que libremente elija el Estado de destino, ni el que proporciona el Estado de origen. El Tribunal de Justicia parte de un nivel de protección común europeo definido por la noción de “consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”<sup>159</sup>. Por otro lado, el Tribunal aplica con precisión los dos primeros elementos del principio de proporcionalidad y, en particular, no reconoce margen de apreciación alguno al Estado miembro a la hora de valorar si otras medidas alternativas menos restrictivas pueden o no alcanzar el nivel de protección así definido. Podemos encontrar buenos ejemplos en la jurisprudencia que aduce la posibilidad de exigir un etiquetado adecuado como medida menos gravosa que las que prohíben la comercialización de productos<sup>160</sup>, reservan ciertas denominaciones comerciales<sup>161</sup> o establecen volúmenes obligatorios<sup>162</sup>.

Hay un último elemento del canon de control que permite al Tribunal de Justicia manejar el principio de reconocimiento mutuo con diferentes grados de intensidad. Una razón de interés general invocada con frecuencia por los Estados miembros para justificar medidas restrictivas del reconocimiento mutuo de personas, especialmente en el ámbito de la libertad de establecimiento, es la necesidad de evitar el abuso de Derecho o *forum shopping* en el mercado interior<sup>163</sup>. Aun aceptando que la necesidad de evitar la elusión abusiva o fraudulenta de la aplicación del Derecho del Estado de destino puede constituir una razón imperiosa de interés general, el Tribunal de Justicia adoptó una interpretación muy estricta de la noción “abuso de Derecho” que privaba a los Estados miembros de la

<sup>155</sup> STJUE de 3 de junio de 2010, as. 258/08, *Ladbrokes Betting & Gaming*, ECLI:EU:C:2010:308, para. 28.

<sup>156</sup> JANSSEN (2015: 51 ss.).

<sup>157</sup> STJUE de 5 de febrero de 2004, as. C-24/00, *Comisión c. Francia (Energy drinks)*, ECLI:EU:C:2004:70, para. 70.

<sup>158</sup> STJUE de 4 de junio de 1992, as. 13/91 y 113/91, *Debus*, ECLI:EU:C:1992:247, para. 24.

<sup>159</sup> STJUE de 6 de noviembre de 2003, as. C-358/01, *Comisión c. España*, ECLI:EU:C:2003:599, para. 53.

<sup>160</sup> STJUE de 20 de febrero de 1979, as. 120/78 *Cassis de Dijon*, EU:C:1979:42, para. 13.

<sup>161</sup> STJUE de 12 de marzo de 1987, as. 178/84, *Comisión c. Alemania*, EU:C:1987:126, para. 35.

<sup>162</sup> STJUE de 12 de octubre de 2000, as. C-3/99, *Cidrerie Ruwet*, ECLI:EU:C:2000:560, para. 54.

<sup>163</sup> Vid. JANSSENS (2013: 62 ss.).

posibilidad de invocar dicho argumento para justificar la no aplicación del principio de reconocimiento mutuo. En *Centros* el Tribunal afirmó que:

«el hecho de que un nacional de un Estado miembro que quiere crear una sociedad elija constituir la en otro Estado miembro cuyas normas de Derecho de sociedades le parezcan las menos rigurosas y abra sucursales en otros Estados miembros no puede constituir por sí solo un uso abusivo del Derecho de establecimiento [sino que] es inherente al ejercicio, dentro de un mercado único, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado»<sup>164</sup>.

Algo más tarde, el Tribunal señaló en *Inspire Art* que:

«el hecho de que una sociedad no ejerza ninguna actividad en el Estado miembro en que tiene su domicilio social y desarrolle sus actividades exclusiva o principalmente en el Estado miembro de su sucursal no es suficiente para demostrar la existencia de un comportamiento abusivo y fraudulento»<sup>165</sup>.

De acuerdo con esta doctrina, la elección del marco regulatorio más atractivo no es, en sí misma considerada, un abuso de derecho prohibido por el Derecho de la Unión, sino la consecuencia ineludible del ejercicio del reconocimiento de las libertades de circulación. Posteriormente, sin embargo, el Tribunal de Justicia parece haber flexibilizado este planteamiento, al indicar que, para que no exista elusión abusiva de la legislación nacional, es necesario que la sociedad que establece su sede primaria en un Estado miembro de acogida y pretende, después, establecer una filial en otro Estado miembro distinto, cuente en el primero de ellos con una auténtica implantación y con una actividad económica efectiva. En *Cadbury Schweppes* el Tribunal afirmó, por un lado, que:

«la mera circunstancia de que una sociedad residente cree un establecimiento secundario, como una filial, en otro Estado miembro no puede invocarse para fundamentar una presunción general de fraude fiscal ni servir de justificación a una medida que vaya en detrimento del ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el [...]».

En cambio, una medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede estar justificada cuando tenga por objeto específico los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate [...]»<sup>166</sup>.

A la hora de valorar el comportamiento de una persona debe tomarse en consideración el objetivo perseguido por la libertad ejercida, que en el caso de la de establecimiento consiste en:

«crear un establecimiento secundario en otro Estado miembro para ejercer en él sus actividades y favorecer de este modo la interpenetración económica y social

<sup>164</sup> STJUE de 9 de marzo de 1999, as. C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, EU:C:1999:126, paras. 24, 27 y 29.

<sup>165</sup> STJUE de 30 de septiembre de 2003, as. C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd*, EU:C:2003:512, para. 139.

<sup>166</sup> STJUE de 12 de septiembre de 2006, as. C-196/04, *Cadbury Schweppes plc y Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, EU:C:2006:544, paras. 50-51.



en el interior de la Comunidad en el ámbito de las actividades no asalariadas [...]. La libertad de establecimiento implica, a tal efecto, la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen, y de que se beneficie de ello [...]»<sup>167</sup>.

De este modo, en tanto que el concepto de establecimiento implica el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente en dicho Estado por una duración indeterminada, la citada libertad exige:

«una implantación real de la sociedad de que se trate en el Estado miembro de acogida y el ejercicio de una actividad económica efectiva en éste»<sup>168</sup>.

Algo posteriores son las Conclusiones del Abogado General Maduro en el asunto *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, en las que el abuso de Derecho se define en los términos siguientes:

“El abuso supone la conjunción de dos criterios, intrínsecamente vinculados y basados ambos en elementos objetivos. Para que se pueda concluir en su caso la existencia de una práctica abusiva, es necesario, por una parte, que se desprenda de un conjunto de elementos objetivos que, a pesar del respeto formal de los requisitos establecidos por la normativa comunitaria, no se logra el objetivo perseguido por dicha normativa, y, por otra parte, que resulte de estos elementos que el objetivo esencial de la operación realizada es obtener una ventaja de la normativa comunitaria creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención”<sup>169</sup>.

Puede concluirse que, en la actualidad, la elección estratégica del Derecho en ejercicio de las libertades de circulación no constituye por sí misma un abuso de Derecho prohibido por el Derecho de la Unión. Al mismo tiempo, sin embargo, el Tribunal está tratando de precisar los contornos de la prohibición del abuso de Derecho<sup>170</sup>. De un lado, sus perfiles no están definidos con precisión, pero que desde luego no parece activarse sin más por el hecho de que los ciudadanos y las empresas ejerzan sus libertades de circulación con la intención de obtener ventajas de la diversidad regulatoria que caracteriza a los Estados miembros<sup>171</sup>. De otro, las diferencias en esta jurisprudencia acaso se deban a los distintos ámbitos sobre los que se está desarrollando. El Tribunal de Justicia parece decidido a apurar las posibilidades del principio de reconocimiento en áreas como el del Derecho societario, pero es ciertamente más prudente en otros, como el de los impuestos directos, más intensamente relacionados con el mantenimiento de las políticas sociales de los Estados miembros.

<sup>167</sup> STJUE de 12 de septiembre de 2006, as. C-196/04, *Cadbury Schweppes plc y Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, EU:C:2006:544, paras. 52-53.

<sup>168</sup> STJUE de 12 de septiembre de 2006, as. C-196/04, *Cadbury Schweppes plc y Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, EU:C:2006:544, para. 54.

<sup>169</sup> Conclusiones presentadas el 28 de febrero de 2008, as. C-311/06, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, ECLI:EU:C:2008:130, para 44.

<sup>170</sup> Vid. A. SAYDÉ (2014).

<sup>171</sup> JANSSEN (2015: 65).

## B. EL RECONOCIMIENTO MUTUO Y EL DERECHO SECUNDARIO DEL MERCADO INTERIOR

### 1. INTRODUCCIÓN

Si en el Capítulo 1 se ha analizado el comportamiento del reconocimiento mutuo en el Derecho primario y, en particular, en las libertades de circulación reconocidas en el Tratado (reconocimiento mutuo judicial), en éste se hará lo propio con el funcionamiento del reconocimiento mutuo en el Derecho secundario (reconocimiento mutuo legislativo). El hecho de que el mercado controvertido esté sometido a normas de Derecho secundario altera el comportamiento del principio de reconocimiento mutuo por dos motivos: de un lado, esas normas restringen el ámbito sobre el que se proyecta la autonomía regulatoria de los Estados miembros y, por tanto, el espacio sobre el que puede llegar a operar el reconocimiento mutuo judicial; y de otro, esas normas también pueden limitar las razones capaces de justificar y la formulación concreta que pueden presentar las medidas nacionales discriminatorias o restrictivas del ejercicio de las libertades de circulación.

Además de alterar el funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo derivado de las libertades de circulación, las normas de Derecho secundario pueden establecer directamente un sistema de reconocimiento mutuo legislativo. Ese sistema puede concretarse en el reconocimiento de efectos transnacionales a las disposiciones generales y las decisiones administrativas adoptadas por los Estados miembros, así como en reglas procedimentales dirigidas a facilitar la producción de esos efectos. A continuación, se analizan algunos de estos instrumentos de Derecho secundario que afectan a la circulación de mercancías (*infra* 2), servicios (*infra* 3) y personas (*infra* 4), para concluir con una reflexión general sobre el reconocimiento mutuo legislativo (*infra* 5).

### 2. MERCANCÍAS

#### 2.1. Nuevo enfoque

La estrategia legislativa de la Unión en el ámbito del mercado interior de mercancías ha adoptado dos orientaciones sucesivas a lo largo del tiempo. El punto de inflexión fue, precisamente, la aparición de la doctrina del Tribunal de Justicia relativa al reconocimiento mutuo judicial. La evolución del modelo regulatorio y su conexión con el asunto *Cassis de Dijon* son bien conocidos<sup>172</sup>. Desde la década de 1960 el legislador europeo había optado por lo que a la postre ha sido calificado como “antiguo enfoque regulatorio” (*old approach*). Este primer modelo, también denominado como de armonización vertical<sup>173</sup>, se basaba en el uso del Derecho secundario como mecanismo de armonización detallada y vinculante de las normas nacionales relativas a categorías muy específicas de productos, con la finalidad de conseguir la integración jurídica necesaria para garantizar su libre circulación dentro de la Comunidad. A partir de 1985, sin embargo, el legislador de la Unión sustituyó este mecanismo con una nueva estrategia legislativa<sup>174</sup>, el llamado “nuevo enfoque regulatorio” (*new approach*), a partir de las

<sup>172</sup> Vid., por todos, PELKMANS (2007).

<sup>173</sup> ROTH (2017: 440).

<sup>174</sup> Resolución del Consejo de 7 de mayo de 1985, relativa a una nueva aproximación en materia de armonización y de normalización, DO L 136 de 4.6.1985.

propuestas la Comisión contenidas inicialmente en la Comunicación de la Comisión sobre las consecuencias de *Cassis de Dijon*<sup>175</sup> y en el Libro Blanco de la Comisión para la realización del mercado interior<sup>176</sup>. Este segundo modelo de regulación implica el uso del reconocimiento mutuo como principio de configuración legislativa, en combinación con la armonización de mínimos de los Derechos nacionales, a través de normas aplicables a categorías relativamente amplias de productos (armonización horizontal)<sup>177</sup>.

La estructura de los instrumentos de Derecho secundario aprobados de conformidad con este nuevo enfoque descansa sobre cinco elementos<sup>178</sup>. El primero de ellos consiste en el uso preferente de la Directiva como instrumento normativo dirigido a armonizar, para ciertas categorías de productos, las exigencias esenciales (relativas, esencialmente, a la seguridad y seguridad de los productos y a la protección del medio ambiente y de los consumidores) que éstos habrán de cumplir para beneficiarse del reconocimiento mutuo. En segundo lugar, las especificaciones técnicas necesarias para cumplir con tales exigencias son aprobadas por organismos especializados de estandarización o normalización y carecen de carácter vinculante. Tercero, los productos habrán de someterse a un control previo a su primera comercialización en la Unión en el Estado miembro donde ésta se produzca (evaluación de conformidad). Aquellos productos que cumplan las mencionadas especificaciones técnicas se presumirán conformes a las exigencias esenciales establecidas en la correspondiente Directiva (normalmente, aunque no siempre, a través de la obtención de un certificado de conformidad), mientras que los fabricantes que opten por no someterse a las especificaciones técnicas, en cambio, correrán con la carga de probar que sus productos satisfacen las citadas exigencias. En cuarto lugar, los Estados miembros se someten a una obligación de reconocimiento mutuo respecto de los productos que hayan acreditado su conformidad con las exigencias esenciales armonizadas. De este modo, el nuevo enfoque resulta de la integración del principio de reconocimiento mutuo en una estructura de autorregulación regulada<sup>179</sup>. Por último, el reconocimiento mutuo es generalmente, aunque no siempre, automático, de modo que se produce sin necesidad de decisión administrativa formalizada de reconocimiento en el Estado de importación. Lo cual no implica que sea incondicional: las distintas Directivas prevén cláusulas de salvaguardia que obligan a los Estados miembros a realizar controles por muestreo de los productos ya comercializados (vigilancia de mercado o control *ex post*), y que les permiten denegar o restringir el reconocimiento de los productos bajo determinadas circunstancias. El quinto y último de los elementos citados se deriva con claridad del texto de las Directivas de nuevo enfoque. Los cuatro anteriores, además, han sido reiterados de manera expresa por el legislador de la Unión a la hora de describir y justificar su estrategia de regulación<sup>180</sup>.

---

<sup>175</sup> Comunicación de la Comisión relativa a las medidas que debían adoptarse en relación con la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia el 20 de febrero de 1979 en el asunto 120/78 («Cassis de Dijon»), DO C 256 de 3.10.1980.

<sup>176</sup> Libro Blanco de la Comisión para la realización del mercado interior, COM (85) 310 final, de 14.6.1985.

<sup>177</sup> ROTH (2017: 440).

<sup>178</sup> BARNARD (2010: 636 ss.); PELKMANS (2012).

<sup>179</sup> Vid. ARROYO JIMÉNEZ (2015).

<sup>180</sup> Vid. por ejemplo la Resolución del Consejo de 7 de mayo de 1985 relativa a una nueva aproximación en materia de armonización y normalización (DO L 136 de 4.6.1985), o la Decisión 768/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008 sobre un marco común para la comercialización de los productos y por la que se deroga la Decisión 93/465/CEE del Consejo (DO L 218 de 13.8.2008).



Como puede observarse, el reconocimiento mutuo judicial y el reconocimiento mutuo legislativo en materia de mercancías funcionan de manera muy diferente: mientras que el primero conduce a la aplicación del Derecho de origen en caso de que la restricción derivada de la legislación del Estado de destino no pueda justificarse, el segundo consiste en una armonización de mínimos y en el reconocimiento mutuo de las regulaciones técnicas nacionales que satisfacen dicho marco<sup>181</sup>. Pese a esta caracterización general común, el reconocimiento mutuo legislativo puede operar de manera distinta según los sectores sobre los que se proyecta. A continuación, se discuten algunos ejemplos ilustrativos de esta diversidad.

En la primera Directiva sobre seguridad de los juguetes<sup>182</sup> el reconocimiento mutuo era de carácter automático y venía acompañado de medidas de armonización (de mínimos) esencialmente sustantiva (exigencias esenciales de seguridad) y, en menor medida, procedimental (elementos nucleares del procedimiento de evaluación de conformidad). No obstante, se imponía expresamente sobre los Estados miembros la obligación de efectuar controles por sondeo de los juguetes ya comercializados. Interesa destacar la amplitud de la cláusula de salvaguardia prevista en esta Directiva (arts. 4 y 14), por ser representativa de la incluida en la mayoría de las Directivas de nuevo enfoque<sup>183</sup>: los Estados miembros gozaban de un amplio margen de discrecionalidad (con el límite de la motivación) para decidir el tipo de medidas a adoptar respecto del producto (retirada, prohibición o restricción de comercialización); esas medidas se podían adoptar en caso de detectar riesgo para la seguridad o salud de las personas, con independencia de cuál fuera el origen del riesgo (incumplimiento de las exigencias esenciales establecidas en la Directiva, aplicación incorrecta de las especificaciones técnicas aprobadas por los organismos de normalización, o laguna en éstas); y, en fin, al adoptarlas, los Estados se encontraban sometidos únicamente al cumplimiento de algunas exigencias procedimentales mínimas (deberes de motivación y de notificación de las medidas adoptadas a la Comisión y al interesado).

El diseño del reconocimiento mutuo en la Directiva sobre seguridad general de los productos<sup>184</sup> es parcialmente distinto, puesto que en ella no se hace uso del sistema del certificado de conformidad CE y, además, se prescinde de toda armonización sustantiva para centrarse únicamente en la armonización (de mínimos) de carácter procedimental que facilita el reconocimiento mutuo de las mercancías entre Estados miembros. La Directiva, que resulta aplicable a prácticamente cualquier tipo de producto de consumo

---

<sup>181</sup> PELKMANS (2007: 703).

<sup>182</sup> Directiva 88/378/CEE del Consejo de 3 de mayo de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre la seguridad de los juguetes (DO L 187 de 16.7.1988).

<sup>183</sup> En sentido similar, vid. por ejemplo: Directiva 89/686/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1989, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los equipos de protección individual (DO L 399 de 30.12.1989) (arts. 7 y 14); Directiva 97/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de mayo de 1997, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros sobre equipos a presión (DO L 181 de 9.7.1997) (arts. 8 y 18); Directiva 99/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 1999, sobre equipos radioeléctricos y equipos terminales de telecomunicación y reconocimiento mutuo de su conformidad (DO L 91 de 7.4.1999) (art. 9); Directiva 2004/108/EC del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2004, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de compatibilidad electromagnética y por la que se deroga la Directiva 89/336/CEE (DO L 390 de 31.12.2004) (arts. 10 y 11).

<sup>184</sup> Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos (DO L 11 de 15.1.2002).

en defecto de disposiciones más específicas de Derecho secundario, se limita a indicar que la presunción de seguridad de los productos y, por lo tanto, la obligación de reconocimiento mutuo, entrará en juego allá donde éstos se adecúen a los estándares normalizados que se aprueben en cada caso a nivel europeo o, en su defecto, y por el siguiente orden, a (i) la normativa del Estado de comercialización, o a (ii) otros elementos de referencia tales como recomendaciones de la Comisión, códigos sectoriales de buena conducta, el estado actual de los conocimientos y de la técnica, o las razonables expectativas de seguridad de los consumidores (art. 3). Sin embargo, el reconocimiento mutuo tampoco opera aquí como una obligación de carácter absoluto. Por el contrario, se impone a los Estados miembros la obligación de verificar que los productos sean conformes con la obligación general de seguridad (art. 6). A estos efectos, se faculta a las autoridades nacionales para adoptar determinadas medidas de control de los productos ya comercializados e imponer condiciones adicionales de seguridad respecto de mercancías que reúnan ciertos rasgos de peligrosidad (art. 8), así como a adoptar «las medidas oportunas para restringir la puesta en el mercado de un producto o exigir su retirada del mercado o su recuperación si, a pesar de dicha conformidad, resultara peligroso» (art. 3.4). Se establece también un deber de cooperación entre Estados miembros para la vigilancia del mercado (art. 9), una obligación de notificación a la Comisión de las medidas restrictivas adoptadas (arts. 11 a 12), así como ciertas garantías procedimentales mínimas –motivación, notificación, consulta previa, acceso al recurso judicial– para los operadores económicos afectados (art. 18).

Por el contrario, otros instrumentos de Derecho secundario más alejados del modelo del nuevo enfoque regulatorio ofrecen una versión casi incondicional del reconocimiento mutuo, al combinarlo con un grado muy elevado de armonización procedimental. La Directiva sobre productos farmacéuticos para uso humano<sup>185</sup> sirve para ejemplificar este modelo. El reconocimiento mutuo se proyecta aquí sobre las autorizaciones de comercialización de los productos (arts. 27 ss.) y el reconocimiento no es automático, sino que requiere de una decisión administrativa expresa *ad hoc*. La Directiva armoniza de manera completa el procedimiento de reconocimiento de este tipo de autorizaciones y, en consonancia con ello, impone una obligación muy intensa de reconocimiento mutuo. Los Estados miembros están obligados a reconocer la autorización en todo caso, salvo que consideren que existen motivos para pensar que ésta puede presentar un riesgo para la salud pública. Sin embargo, el margen de actuación del que gozan las autoridades nacionales en tal caso es muy exiguo, pues no pueden adoptar unilateralmente medidas de denegación del reconocimiento, sino que han de someter al asunto a la consideración de todos los Estados afectados con vistas al logro de un acuerdo y, en caso de que éste no sea alcanzado, la decisión final y vinculante corresponde a la Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos (art. 29). El único margen que queda al Estado miembro donde se solicita el reconocimiento de la autorización consiste en la posibilidad de suspender la comercialización y la utilización en su territorio del medicamento de que se trate respecto de una autorización de comercialización ya concedida, en tanto la Agencia adopte una decisión definitiva respecto de la necesidad de modificar, suspender o retirar la autorización (art. 36.2).

---

<sup>185</sup> Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano (DO L 311 de 28.11.2001). Un sistema análogo está previsto en la Directiva 2001/82/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos veterinarios (DO L 311 de 28.11.2001).

## 2.2. Nuevo marco legislativo

Dejando al margen los medicamentos, la mayoría de las Directivas de nuevo enfoque adoptadas hasta 2008 apenas contenían medidas de armonización procedimental. En estos casos, la práctica puso de manifiesto severas dificultades para la efectiva aplicación del principio de reconocimiento mutuo debido a la carencia de un grado suficiente de confianza recíproca entre los Estados miembros en cuanto al rigor en la aplicación de los mecanismos de control del cumplimiento de las exigencias de protección sustantivas armonizadas. Ello dio lugar a la adopción, en el año 2008, del llamado “nuevo marco legislativo” (*new legislative framework*)<sup>186</sup>. Este paquete normativo introduce un alto grado de armonización en los procedimientos de control realizados en aplicación de las Directivas de nuevo enfoque. Por una parte, el Reglamento 765/2008 armoniza la organización y el funcionamiento del sistema de acreditación de los organismos encargados de realizar las evaluaciones de conformidad de productos, los elementos esenciales de los procedimientos de vigilancia del mercado, así como algunas pautas procedimentales uniformes a aplicar en los controles de productos procedentes de terceros países<sup>187</sup>. De otro lado, el Reglamento 764/2008, de reconocimiento mutuo, establece el procedimiento armonizado que los Estados miembros deben seguir en caso de que pretendan no reconocer un producto en casos individuales<sup>188</sup>. Por último, la Decisión 768/2008 se limita a trazar un marco de disposiciones de referencia, no directamente aplicables, a ser tenidas en cuenta para intensificar la armonización sustantiva y procedimental con ocasión de futuras reformas legislativas<sup>189</sup>.

A finales del año 2016, la mayoría de Directivas de nuevo enfoque habían sido ya objeto de reforma o de refundición<sup>190</sup>, incorporando y adaptando a su respectivo ámbito sectorial los requisitos procedimentales armonizados procedentes del nuevo marco legislativo y, en muchas ocasiones, incluyendo también un mayor grado de armonización sustantiva de los productos afectados en cada caso. No obstante, las evaluaciones realizadas hasta la fecha apuntan a la persistencia de problemas en la aplicación del principio legislativo de reconocimiento mutuo de mercancías<sup>191</sup>. Ello ha motivado la presentación de una nueva iniciativa para revisar el Reglamento de reconocimiento mutuo, a aprobar durante el año

<sup>186</sup> Vid. MESSERLIN (2011); PELKMANS (2012: 113 ss.).

<sup>187</sup> Reglamento (CE) 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) 339/93 (DO L 218 de 13.8.2008).

<sup>188</sup> Reglamento (CE) 764/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008, por el que se establecen procedimientos relativos a la aplicación de determinadas normas técnicas nacionales a los productos comercializados legalmente en otro Estado miembro y se deroga la Decisión 3052/95/CE (DO L 218 de 13.8.2008).

<sup>189</sup> Decisión 768/2008 de 9 de julio de 2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008, sobre un marco común para la comercialización de los productos y por la que se deroga la Decisión 93/465/CEE del Consejo (DO L 218 de 13.8.2008).

<sup>190</sup> La lista completa puede consultarse en <[https://ec.europa.eu/growth/single-market/goods/new-legislative-framework\\_en](https://ec.europa.eu/growth/single-market/goods/new-legislative-framework_en)> [último acceso: 9.5.2017].

<sup>191</sup> Vid. la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 15 de junio de 2012 - Primer informe sobre la aplicación del Reglamento 764/2008/CE, COM (2012) 292 final; y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 28 de octubre de 2015, Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas, COM (2015) 550 final.

2017, con vistas a aumentar el grado de armonización procedimental en cuanto al control de los productos y a las actuaciones dirigidas a denegar su reconocimiento<sup>192</sup>.

### 3. SERVICIOS

En esta sección se describe el funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo en diversos instrumentos de Derecho secundario que regulan la prestación de servicios transfronterizos: las normas sobre servicios electrónicos y audiovisuales (*infra* 3.1.), las que regulan la prestación de servicios financieros (*infra* 3.2.), la Directiva de servicios en el mercado interior (*infra* 3.3.) y, en fin, la Directiva de trabajadores desplazados (*infra* 3.4.). Al mismo tiempo hay que tener en cuenta que algunas de las normas que se analizarán en la sección siguiente, como las relativas al reconocimiento mutuo de cualificaciones profesionales (*infra* 4.2.) o de licencias de conducción (*infra* 4.3.), también pueden adquirir relevancia cuando la libertad que se pretende ejercer es la de prestación de servicios transfronterizos. La finalidad de la selección no es agotar el régimen del reconocimiento mutuo en la prestación de servicios, sino proporcionar una imagen adecuada de la diversidad de modelos presentes en el Derecho derivado.

#### 3.1. Servicios audiovisuales y electrónicos

En el ámbito de los servicios de comunicación audiovisual (televisión y televisión bajo demanda)<sup>193</sup> y de los servicios de comercio electrónico<sup>194</sup>, el reconocimiento mutuo funciona sobre la base del principio de Estado de origen, cuyas reglas de acceso, ejercicio y supervisión del servicio resultan de aplicación, combinado con un grado muy limitado de armonización de los estándares sustantivos relativos al contenido del servicio. Dado que el acceso a la actividad no está sometido a autorización administrativa previa (art. 4 de la Directiva 2000/31/CE), la obligación de reconocimiento mutuo que pesa sobre el Estado de prestación se refiere directamente a los estándares normativos del Estado de origen y a su aplicación a través de medidas de supervisión. El reconocimiento no precisa una decisión administrativa expresa *ad hoc* en el Estado de destino. El grado de condicionalidad es muy limitado, toda vez que el Estado miembro únicamente puede hacer uso de una lista tasada de motivos para aplicar al servicio restricciones derivadas de sus propios estándares normativos [arts. 3.4 a) de las dos Directivas]. Además, está obligado a hacerlo a través de un procedimiento que incluye, salvo en casos justificados de urgencia, la previa notificación de las medidas que se pretenden adoptar tanto a la Comisión como al Estado de origen [arts. 3.4 b) de las dos Directivas]. En última instancia, corresponde a la Comisión pronunciarse, con carácter vinculante, sobre la admisibilidad de las medidas adoptadas por el Estado de destino [arts. 3.6 de las dos Directivas]. Por lo demás, esta preferencia de las soluciones negociadas en caso de

<sup>192</sup> La memoria inicial de análisis de impacto normativo de la iniciativa puede consultarse en <[http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2017\\_grow\\_005\\_mutual\\_recognition\\_revision\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2017_grow_005_mutual_recognition_revision_en.pdf)> [último acceso: 9.5.2017].

<sup>193</sup> Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual (DO L 95 de 15.4.2010).

<sup>194</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DO L 178 de 17.7.2000).

conflicto, así como la previsión –en el caso de los servicios audiovisuales– de que el Estado de destino puede elevar los estándares mínimos de protección armonizados e imponerlos a los prestadores establecidos en otros Estados miembros cuando se cumplan ciertas condiciones y lo autorice la Comisión (art. 4 de la Directiva 2010/13/UE), contribuyen a mitigar en cierta medida el rigor del principio de Estado de origen.

En el ámbito de los servicios de identificación electrónica, cabe destacar que la antigua Directiva 1999/93/CE<sup>195</sup> incorporaba una obligación de reconocimiento mutuo automática e incondicional de los dispositivos seguros de creación de firma que hubieran sido designados como tales en otro Estado miembro por cumplir los requisitos armonizados previstos en la propia Directiva (art. 3.4 y anexo II). Además, se imponía sobre los Estados miembros una obligación de reconocimiento mutuo aún más intensa respecto de las firmas electrónicas para su uso a efectos de prueba en un proceso judicial: en tal caso, la obligación de reconocimiento se activaba a pesar de que la firma no cumpliera los requisitos armonizados previstos en la Directiva (art. 5.2). Sin embargo, estas previsiones han sido derogadas por el Reglamento 910/2014/UE<sup>196</sup>, que limita de dos formas el alcance del principio de reconocimiento mutuo (art. 6). Por una parte, su ámbito de aplicación cubre únicamente los servicios de identificación utilizados a efectos de la recepción transfronteriza de servicios electrónicos en línea prestados por el sector público. De otro lado, el reconocimiento deja de ser incondicional, pues se atribuye al Estado de destino la facultad de denegarlo si el nivel de seguridad con que se expidió la identificación en el Estado de origen es bajo o sensiblemente inferior al exigido en destino.

### 3.2. Servicios financieros

El Derecho secundario regulador de los servicios financieros ha hecho uso del reconocimiento mutuo de maneras distintas en función de su objeto y a lo largo del tiempo. En general, la legislación europea en este ámbito ha sufrido una intensa transformación a raíz de la crisis económica y de la progresiva centralización del poder decisorio en las autoridades de la Unión. De un modelo basado en los principios de Estado de origen y reconocimiento mutuo, caracterizado por una obligación intensa de reconocimiento acompañada, en su caso, de armonización de mínimos<sup>197</sup>, se ha transitado hacia un sistema basado en una armonización sustantiva muy intensa, incluso exhaustiva, con o sin reconocimiento mutuo. Esta evolución se refleja en la normativa reguladora de los servicios de crédito o de los servicios de seguro y reaseguro.

En relación, primero, con la autorización y supervisión prudencial de las entidades de crédito, la Directiva 2006/48/CE<sup>198</sup>, establecía una regulación que combinaba, de un lado, los principios de Estado de origen<sup>199</sup>, reconocimiento mutuo y cooperación entre

<sup>195</sup> Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica (DO L 13 de 19.1.2000).

<sup>196</sup> Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE (DO L 257 de 28.8.2014).

<sup>197</sup> Cfr. las variantes de este modelo en distintos subsectores de los servicios financieros en ORTINO (2007).

<sup>198</sup> Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (DO L 177 de 30.6.2006).

<sup>199</sup> Sobre la evolución y excepciones al principio de Estado de origen en el Derecho secundario relativo a los mercados financieros, ORTINO (2007: 324 ss.).



autoridades nacionales, y de otro, una armonización sustantiva de mínimos en cuanto a las condiciones de autorización y las medidas de supervisión prudencial. La autorización y la supervisión financiera era competencia exclusiva del Estado de origen (arts. 16, 24.1 y 40), de manera que la prestación del servicio descansaba sobre un sistema de autorización única (pasaporte europeo). El reconocimiento mutuo de la autorización se producía de forma automática, esto es, sin necesidad de declaración administrativa expresa *ad hoc*. Sin embargo, la Directiva permitía al Estado de acogida imponer ciertos requisitos derivados de su propia normativa a las entidades de crédito establecidas en su territorio a través de una sucursal. En concreto, correspondía al Estado de destino la supervisión de la actividad comercial de la sucursal, así como la imposición de las condiciones que, por razones de interés general, ésta debía de respetar a la hora de prestar el servicio (art. 26.1 y arts. 29 ss.). También correspondía al Estado de acogida la supervisión del estado de liquidez (art. 41). La Directiva 2006/48/CE ha sido reemplazada por la Directiva 2013/36/UE<sup>200</sup> y por el Reglamento 575/2013<sup>201</sup>, que en sustancia mantienen el esquema anterior pero intensifican sus elementos nucleares: el principio de Estado de origen, la armonización, la cooperación interestatal y el reconocimiento mutuo<sup>202</sup>. No obstante, para los Estados de la zona euro (y otros Estados participantes), el Reglamento 1024/2013<sup>203</sup> (en conexión con el Reglamento 1022/2013<sup>204</sup> y con el ya citado Reglamento 575/2013) incorpora un modelo diferenciado: el Mecanismo Único de Supervisión (MUS). Este sistema no deja espacio al reconocimiento mutuo, al basarse en una armonización sustantiva completa y en la centralización de competencias ejecutivas en el Banco Central Europeo respecto de la autorización, revocación de la autorización y supervisión prudencial de las instituciones de crédito (arts. 14 y 4).

Por lo que respecta, en segundo lugar, a las medidas de saneamiento y liquidación de las entidades de crédito, la Directiva 2001/24/CE<sup>205</sup> se basaba en una combinación poco habitual en el Derecho secundario: el reconocimiento mutuo como regla de carácter absoluto en un régimen caracterizado por la ausencia de medidas de armonización sustantivas, pues únicamente se incluían ciertas exigencias de coordinación entre las autoridades competentes de los Estados miembros afectados. Según este modelo,

---

<sup>200</sup> Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión (DO L 176 de 27.06.2013).

<sup>201</sup> Reglamento (UE) 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión (DO L 176 de 27.06.2013).

<sup>202</sup> Los cambios más relevantes respecto de la Directiva 2006/48/CE pueden resumirse en los siguientes: (i) aumento exponencial del nivel de armonización sustantiva; (ii) establecimiento de un marco institucional reforzado de cooperación entre Estados miembros, y entre Estos y autoridades de la Unión; (iii) atribución de la supervisión sobre el grado de solvencia al Estado de origen; y (iv) atribución a la Autoridad Bancaria Europea (ABE) de competencias de regulación de estándares sustantivos armonizados y de cooperación y mediación entre Estados miembros en caso de desacuerdo acerca del (in)cumplimiento de requisitos por parte de una entidad de crédito.

<sup>203</sup> Reglamento (UE) 1024/2013 del Consejo de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito (DO L 287 de 29.10.2013).

<sup>204</sup> Reglamento (UE) 1022/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013, que modifica el Reglamento (UE) 1093/2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), en lo que se refiere a la atribución de funciones específicas al Banco Central Europeo en virtud del Reglamento (UE) 1024/2013 (DO L 287 de 29.10.2013)

<sup>205</sup> Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito (DO L 125 de 5.5.2001). Esta norma ha sido posteriormente modificada por la Directiva 2014/59/CE, a la que se aludirá después.



correspondía exclusivamente al Estado miembro que hubiese expedido la autorización decidir y aplicar a la entidad de crédito, incluyendo a sus filiales o sucursales establecidas en otros Estados miembros, las medidas de saneamiento y de liquidación previstas en su propio ordenamiento jurídico. Al mismo tiempo se atribuía a tales decisiones efecto transnacional automático, simultáneo e incondicional dentro de la Comunidad (arts. 3, 9 y 10). Posteriormente, la Directiva 2014/59/EU<sup>206</sup> ha mantenido esta estructura, pero completándola con un elevado nivel de armonización sustantiva y procedimental respecto de la reestructuración y resolución de entidades de crédito. Por otro lado, también aquí se ha previsto recientemente un régimen distinto para los Estados de la zona euro y otros incluidos en el MUS: el Reglamento 806/2014<sup>207</sup> incorpora el llamado Mecanismo Único de Resolución (MUR), basado en la armonización completa y la centralización de las competencias en las autoridades de la Unión.

En el ámbito de los servicios de seguro y reaseguro, el régimen del reconocimiento mutuo contenido en la versión original de la Directiva 2009/138/CE<sup>208</sup> es esencialmente análogo al que resultaba aplicable a las entidades de crédito hasta los años 2013 y 2014. Así, respecto de la autorización de inicio de la actividad y las medidas de supervisión prudencial de la actividad financiera, rige con carácter general el principio de Estado de origen (arts. 14, 15, 30 y 136 ss.), acompañado de medidas de armonización de mínimos y de una obligación de reconocimiento mutuo automático. El reconocimiento es incondicional con carácter general, aunque en caso de ejercicio de la libertad de establecimiento el Estado miembro de acogida es competente para realizar la supervisión de la actividad comercial del operador en su territorio, así como para establecer las condiciones que, por razones de interés general, éste ha de cumplir a la hora de prestar el servicio (arts. 153 ss., y 146.3). En el caso de las medidas de saneamiento y liquidación, la obligación de reconocimiento mutuo alcanza su máxima intensidad, al preverse, pese a la ausencia de medidas de armonización sustantiva, la competencia exclusiva del Estado de origen para la regulación y ejecución de medidas, junto con su efecto transnacional automático, simultáneo e incondicional en toda la Unión (arts. 269 y 273). De manera similar a lo sucedido en el ámbito de los servicios de las entidades de crédito, este marco normativo ha sido completado recientemente mediante la Directiva 2014/51/UE<sup>209</sup> a través de la introducción de (i) ulteriores medidas de armonización sustantiva y procedimental, (ii) deberes reforzados de cooperación interadministrativa, así como (iii) atribuciones competenciales a una nueva autoridad europea de supervisión (la Autoridad Europea de Servicios y Pensiones de Jubilación) para la aprobación de estándares armonizados y para el control del funcionamiento del sistema.

### 3.3. La Directiva de servicios: libre prestación de servicios

<sup>206</sup> Directiva 2014/59/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (DO L 173 de 12.6.2014).

<sup>207</sup> Reglamento (UE) 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) 1093/2010 (DO L 225 de 30.7.2014).

<sup>208</sup> Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y a su ejercicio (Solvencia II) (DO L 335 de 17.12.2009).

<sup>209</sup> Directiva 2014/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 (DO L 153 de 22.5.2014).

La Directiva 2006/123/CE regula el funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo en el marco de la prestación de servicios en el territorio de la Unión, ya sea en ejercicio de la libertad de prestación de servicios transfronterizos o en el de la libertad de establecimiento.

Con carácter general, el alcance de la obligación de reconocimiento mutuo derivada de la Directiva se encuentra limitado de tres maneras muy relevantes. En primer lugar, aunque se trata de un instrumento de Derecho secundario concebido con vocación de horizontalidad, debido a la resistencia política que generó durante su procedimiento de elaboración<sup>210</sup>, un buen número de servicios terminaron quedando fuera de su ámbito de aplicación. Es el caso de los servicios relativos al juego, las telecomunicaciones, la comunicación audiovisual, la seguridad privada, el transporte, los servicios financieros, los servicios sanitarios o los servicios de seguridad privada (art. 2). A ello hay que añadir que las Directivas sectoriales son de aplicación preferente, no sólo en virtud del principio de especialidad, sino también porque así lo establece expresamente la propia Directiva de servicios (art. 3). De igual modo, junto a la eliminación del principio de país de origen en el art. 16, sobre lo que se volverá más adelante, la exclusión del Derecho laboral del ámbito de la Directiva fue la principal consecuencia que tuvo la resistencia a la Propuesta inicial ofrecida por el Parlamento Europeo<sup>211</sup>. El art. 1.6 de la Directiva establece que no afecta:

«al Derecho laboral, es decir, a cualquier disposición legal o contractual relativa a las condiciones de empleo o de trabajo, incluida la salud y seguridad en el trabajo, o las relaciones entre empleadores y trabajadores, que los Estados miembros apliquen de acuerdo con la legislación nacional conforme al Derecho comunitario. Tampoco afecta a la legislación nacional en materia de seguridad social de los Estados miembros».

En segundo término, la intensidad de la obligación legislativa de reconocimiento mutuo terminó siendo sustancialmente similar –en términos generales y sin perjuicio de los matices que después se destacarán– a la que resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a las libertades de establecimiento y de servicios<sup>212</sup>, por contraste con su ambiciosa configuración en la propuesta original de la Comisión. En tercer lugar, aunque la Directiva adopta claramente el modelo de prohibición de las medidas restrictivas y no solamente discriminatorias que *Säger* extendió a los servicios y *Gebhard* al establecimiento<sup>213</sup>, ella misma deja fuera algunos supuestos problemáticos. Así, en el Considerando 9 del Preámbulo, introducido en la segunda Propuesta a la vista de las críticas que la primera había despertado en el Parlamento Europeo, se afirma que:

“La presente Directiva solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como normas de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio,

<sup>210</sup> Para una comparación entre la propuesta inicial y la elaborada a la vista de la posición común del Parlamento Europeo, vid. C. BARNARD (2007: 325 ss.).

<sup>211</sup> Vid. BARNARD (2008); KOSTORIS PADOA SCHIOPPA (2007); NICOLAÏDIS y SCHMIDT (2007: 722 s. y 279 ss.).

<sup>212</sup> En contra, DAVIES (2007).

<sup>213</sup> Vid. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *supra* Capítulo 1.

urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada”.

La Directiva parece referirse aquí a una categoría de normas nacionales indistintamente aplicables dirigidas a establecer “las reglas del juego” y no tanto a regular el ejercicio de la actividad económica en cuanto tal. Esas normas, que se aplican también a otros sujetos que no ejercen esa actividad económica –conducir vehículos a motor o construir inmuebles, en los ejemplos que da el propio legislador comunitario–, estarán sometidas tan sólo al canon de la prohibición de la discriminación aunque puedan obstaculizar o restringir el acceso al mercado<sup>214</sup>. El debate suscitado por la doctrina *Keck* en el ámbito de la libre circulación de mercancías pone de manifiesto, sin embargo, las dificultades de tratar de encapsular este tipo de normas mediante una definición abstracta<sup>215</sup>.

El régimen concreto al que la Directiva somete al principio de reconocimiento mutuo presenta algunas diferencias de configuración según se proyecte sobre el ejercicio de la libertad de establecimiento o de la libertad de prestación de servicios. A la primera nos referiremos más adelante (*infra* 4.1.). Respecto de la libertad de prestación de servicios, el reconocimiento mutuo no sólo se proyecta sobre las autorizaciones, sino sobre toda medida del Estado de destino que suponga imponer requisitos al prestador del servicio. La Directiva exige que tales medidas satisfagan ciertos requisitos. Uno de ellos es que se encuentren justificadas en razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente [art. 16.1 III b)]. El establecimiento de una lista tasada y muy reducida de razones imperiosas de interés general supone una extensión considerable del alcance del reconocimiento mutuo por comparación con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al art 56 TFUE. Esta circunstancia marca también una diferencia importante entre el régimen diseñado por la Directiva para el ejercicio de la libre prestación de servicios y de la libertad de establecimiento. Las razones imperiosas de interés general pueden justificar la imposición de los requisitos particularmente sospechosos a los que se refiere el art. 16.2, así como la de otros requisitos (art. 16.1 III). Además de por esta vía del art. 16, los requisitos especialmente sospechosos pueden justificarse también por la vía de las excepciones adicionales (art. 17) y de las excepciones caso a caso (art. 18)<sup>216</sup>.

La medida también debe satisfacer los principios de no discriminación [art. 16.1 III a)] y de proporcionalidad. En cuanto al segundo, el art. 16.1 III establece que la medida debe cumplir estas dos exigencias:

- «b) necesidad: el requisito deberá estar justificado por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente;
- c) proporcionalidad: el requisito deberá ser el adecuado para conseguir el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo».

<sup>214</sup> C. BARNARD (2007: 339 s.; 2010: 405 s.)

<sup>215</sup> Vid. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *supra* Capítulo 1; DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *infra* Capítulo 5.

<sup>216</sup> BARNARD (2008: 364), quien demuestra que este es un resultado asistemático, consecuencia de la posición común del Parlamento Europeo.

El problema que aquí se plantea es que, a resultas de su paso por el Parlamento Europeo, el texto de la Directiva terminó realizando un uso desordenado y asistemático de estos conceptos jurídicos, por relación como han sido tradicionalmente empleados en el Derecho de la Unión Europea y en el de los Estados miembros. La letra a) no es sino la reiteración de la exigencia de que la medida pretenda justificarse en alguna de las razones de interés público capaces de legitimar una restricción de la libertad de movimientos. La letra b) define el principio de proporcionalidad en la versión tradicionalmente aplicada por el Tribunal de Justicia, que se concreta en la doble exigencia de idoneidad o congruencia objetiva de la medida para la satisfacción de su finalidad (adecuación), de un lado, y de ausencia de medidas alternativas menos restrictivas e igualmente eficaces (necesidad), de otro. La confusión viene dada por que la expresión “necesidad”, en lugar de aplicarse a este segundo requerimiento (“no ir más allá de lo necesario para conseguirlo”), se aplica al tiempo a una exigencia de aplicación lógicamente anterior (su servicio a determinados intereses públicos). Con ello, el descuidado legislador europeo no sólo se aparta de un uso de estos conceptos largamente consolidado en el propio Derecho de la Unión<sup>217</sup>, sino también en el Derecho público de buena parte de los Estados miembros, entre ellos, señaladamente, el nuestro<sup>218</sup>. Lamentablemente, el legislador español, igualmente descuidado, se ha limitado a reproducir las disposiciones de la Directiva en lugar de adecuar sus exigencias al sistema dogmático en el que la transposición iba a tener lugar<sup>219</sup>.

Estrechamente relacionado con el principio de necesidad, entendido correctamente como ausencia de medidas alternativas menos restrictivas pero igualmente eficaces, la Directiva exige que la medida nacional suponga un aumento del nivel de protección por comparación al garantizado en el Estado de establecimiento (arts. 16 y 18). Este reconocimiento expreso del criterio relativo a la equivalencia también extiende el alcance del principio de reconocimiento mutuo en cuanto que impide al Tribunal de Justicia desplegar, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, la deferencia cualificada que hemos comprobado que reconoce al Estado de destino en ciertos ámbitos sectoriales<sup>220</sup>. Dentro del ámbito de aplicación de la Directiva esto ya no es viable.

Finalmente, el Estado miembro que pretenda imponer requisitos derivados de su normativa al prestador de servicios transfronterizos, además de cumplir con las exigencias sustantivas ya descritas, debe, salvo casos justificados de urgencia, (i) comunicarlo con antelación al Estado de establecimiento para que sea preferiblemente éste quien adopte las medidas necesarias; (ii) posteriormente, y en su caso, notificar al Estado de establecimiento y a la Comisión, de forma motivada, las medidas que pretende adoptar; (iii) abstenerse de adoptar tales medidas durante al menos quince días laborables tras dicha notificación; y (iv) acatar la ulterior apreciación de la Comisión acerca de la compatibilidad de las medidas adoptadas con el Derecho de la Unión (art. 35).

<sup>217</sup> BARNARD (2008: 358, 366).

<sup>218</sup> Vid., por ejemplo, SSTC 66/1991, de 22 de marzo, FJ 2; 53/2014, de 10 de abril, FJ 7, y 35/2016, de 16 de marzo, FJ 4.

<sup>219</sup> Vid. arts. 12.3 y 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; y arts. 5 y 17 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

<sup>220</sup> Vid. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *supra* Capítulo 1.

Otras previsiones de la Directiva de servicios imponen obligaciones adicionales y específicas de reconocimiento mutuo, aunque con objetos muy limitados y condicionadas a exigencias de equivalencia de distinta intensidad según los casos. Así sucede con los documentos o certificaciones expedidas por otros Estados miembros que acrediten el cumplimiento de un requisito equivalente al que es también exigido en el Estado de acogida (art. 5.3); los seguros y garantías de responsabilidad profesional (art. 23); y las garantías económicas prestadas para la ejecución de resoluciones judiciales (art. 27.3). Por lo demás, la Directiva de servicios establece intensas obligaciones de cooperación e intercambio de información entre Estados miembros que pueden resultar relevantes para incrementar el nivel de confianza recíproca y reducir, con ello, el margen disponible para invocar excepciones al principio de reconocimiento mutuo (arts. 28 ss.).

### 3.4. La Directiva de trabajadores desplazados

Aunque es el objeto de otra contribución en esta obra colectiva<sup>221</sup>, conviene realizar aquí algunas observaciones acerca de la Directiva que regula el desplazamiento de trabajadores. En primer lugar, cuando una empresa desplaza a sus propios trabajadores a otro Estado miembro en el marco de la prestación de un servicio transfronterizo, es aquélla quien ejerce la libertad de circulación. En esta situación característica, los trabajadores por cuenta ajena desplazados no ejercen la libre circulación de trabajadores ni, menos aún, la libertad de establecimiento.

En segundo lugar, en *Rush Portuguesa*<sup>222</sup> el Tribunal estableció que los Estados miembros deben permitir que las empresas procedentes de otros Estados desplacen a sus propios trabajadores sin poder exigir la obtención de un permiso de trabajo<sup>223</sup>. Sin embargo, los Estados miembros sí podrían aplicar el principio de territorialidad del Derecho laboral y exigir el cumplimiento de la legislación de destino, con la consecuencia de que la empresa perdería la ventaja competitiva que en su caso podría tener por razón de la aplicación de las normas laborales del Estado de origen<sup>224</sup>. Esta regla permitía a los Estados miembros evitar el riesgo de *dumping* social y eliminaba la posibilidad de que los diferenciales de costes laborales se convirtieran en un factor de competencia entre los Estados miembros.

En tercer lugar, la Directiva 96/71/CE reforzó este planteamiento mediante dos operaciones<sup>225</sup>. La primera es exigir a los Estados miembros la aplicación de su propio Derecho del trabajo a los trabajadores desplazados en relación con una serie de condiciones laborales: a) los períodos máximos de trabajo y descanso; b) la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; c) las cuantías de salario mínimo; d) las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino; e) la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; f) las medidas de protección de las mujeres embarazadas; y g) la igualdad de trato entre hombres y mujeres (art. 3.1). La segunda es configurar esta regla como una norma de mínimos, de forma que los

<sup>221</sup> Vid. GARCÍA-MUÑOZ ALAMBRA, *infra* Capítulo 3.

<sup>222</sup> STJUE de 27 de marzo de 1990, as. C-113/89, *Rush Portuguesa*, ECLI:EU:C:1990:142.

<sup>223</sup> STJUE de 27 de marzo de 1990, as. C-113/89, *Rush Portuguesa*, ECLI:EU:C:1990:142, para. 12.

<sup>224</sup> STJUE de 27 de marzo de 1990, as. C-113/89, *Rush Portuguesa*, ECLI:EU:C:1990:142, para. 18.

<sup>225</sup> Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DO L 018 de 21/01/1997).



Estados miembros podrían competir por encima de estos umbrales de protección (art. 3.7).

Es en este contexto como se entiende el impacto de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Laval*<sup>226</sup>. El Tribunal pasa a considerar el contenido de la Directiva 96/71/CE como un nivel máximo de protección, eliminando así la posibilidad de los Estados miembros de aplicar su propia legislación a los trabajadores desplazados en relación con aspectos no comprendidos en el art. 3.1. Con ello la Directiva pasa de ser un instrumento de armonización de mínimos a ser uno de armonización plena. Así interpretada, la Directiva pasa a definir un nivel homogéneo de protección, de forma que los Estados dejan de poder competir entre ellos al alza. Por encima de ese nivel, el Tribunal abre la puerta a un régimen de portabilidad del régimen laboral que, a su vez, puede conducir a un proceso de *dumping* social<sup>227</sup>.

#### 4. PERSONAS

En esta sección se analizan normas de Derecho secundario que regulan la circulación de personas y, en particular, el ejercicio de la libertad de establecimiento (*infra* 4.1.), el reconocimiento de cualificaciones profesionales (*infra* 4.2.) y de licencias de conducción (*infra* 4.3.).

##### 4.1. La Directiva de servicios: libertad de establecimiento

A diferencia de la libertad de establecimiento que se deriva del Tratado, las reglas de la Directiva de servicios en materia de establecimiento también se aplican, por excepción, a las situaciones internas en las que no concurre un elemento transfronterizo (Considerando 36 del Preámbulo)<sup>228</sup>. La Directiva establece una obligación de reconocimiento mutuo condicionada a la existencia de equivalencia que se aplica a las normas que, de un lado, requieran algún tipo de autorización (arts. 9 ss.) o, de otro, impongan otros requisitos que la norma prohíbe directamente (art. 14) o exige evaluar a los Estados (art. 15). Los regímenes nacionales de autorización están limitados en lo que atañe a su creación (art. 9), a la regulación de los requisitos y condiciones para su obtención (art. 10), así como a la duración (art. 11) y a los procedimientos de otorgamiento (art. 13). La Directiva también contiene un régimen específico para la adjudicación de autorizaciones limitadas en número (art. 12). Según el art. 10.3, cuando el Estado de destino imponga al prestador del servicio la necesidad de obtener una autorización administrativa, la obligación de reconocimiento mutuo impide que las condiciones de concesión dupliquen requisitos y controles esencialmente equivalentes a los ya satisfechos por el operador en otro Estado miembro y exige la colaboración entre los Estados miembros para intercambiar la información relevante, así como la motivación y posibilidad de revisión judicial de las decisiones del Estado de acogida relativas a la autorización. Por su parte, los requisitos prohibidos (art. 14) se caracterizan porque no pueden llegar a justificarse en virtud de razones imperiosas de interés general, a diferencia de lo que ocurre con los requisitos por evaluar (art. 15), así como con cualesquiera otros requisitos establecidos en la legislación de destino.

<sup>226</sup> STJUE de 18 de diciembre de 2007, as. C-341/05, *Laval un Partneri Ltd*, ECLI:EU:C:2007:809.

<sup>227</sup> DEAKIN (2008).

<sup>228</sup> Vid. una discusión del problema en BARNARD (2007: 351).



Con carácter general, la admisibilidad de los regímenes de autorización y de los requisitos no prohibidos está configurada a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>229</sup>, por más que el legislador europeo, conscientemente o no, haya introducido algunas variaciones. Por un lado, la lista de razones imperiosas de interés general (art. 4.8, interpretado de conformidad con el Considerandos 40 y 41 del Preámbulo) amplía el catálogo de intereses públicos reconocidos hasta ese momento por la jurisprudencia. Es el caso, por ejemplo, de los:

“objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial, los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, [...] fomento de la lengua nacional [...] y política veterinaria” (Considerando 40 del Preámbulo).

Por otro lado, en cuanto los requisitos por evaluar, el art. 15.3 establece que, además de no ser discriminatoria, la medida deberá cumplir los dos presupuestos siguientes:

- “b) necesidad: que los requisitos estén justificados por una razón imperiosa de interés general;
- c) proporcionalidad: que los requisitos sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vayan más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo y que no se puedan sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado”.

La formulación de ambos requisitos en este precepto es semejante a la del art. 16.1 en relación con las restricciones a la libre prestación de servicios, de modo que pueden darse aquí por reproducidas las observaciones hechas en su momento (*supra* 3.3.). Por el contrario, el art. 10.2, relativo a los criterios de concesión de la autorización, se limita a enunciar estas exigencias sin definir las, sin que razones de técnica legislativa parezcan justificar esta decisión.

## 4.2. Cualificaciones profesionales

Se ha mencionado ya que el Derecho primario prevé una base jurídica específica para la adopción de Directivas relativas al reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos, así como para la coordinación de las disposiciones de los Estados miembros relativas al acceso a las actividades por cuenta propia y a su ejercicio (art. 53 TFUE). Las directivas sobre reconocimiento mutuo de cualificaciones profesionales o diplomas aprobadas sobre esta base han adoptado hasta la fecha dos aproximaciones distintas. La primera de ellas, de carácter vertical y utilizada principalmente entre las décadas de 1970 y 1990, se basa en la aprobación de Directivas específicas para cada categoría profesional, en las que se combinaba un mecanismo de reconocimiento mutuo automático e incondicional con una armonización muy intensa del contenido sustantivo de los respectivos diplomas. Este es el caso, por ejemplo, de las antiguas Directivas relativas al

---

<sup>229</sup> STJUE de 30 de noviembre de 1995, as. C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, EU:C:1995:411.

acceso al ejercicio de la medicina<sup>230</sup>, enfermería<sup>231</sup> o farmacia<sup>232</sup>. La segunda aproximación, más reciente y de carácter horizontal, se basa en la adopción de Directivas aplicables, en principio, a toda situación en que el Estado miembro de acogida haga depender el acceso a una profesión de la posesión de una cualificación profesional específica. Se trataba de las hoy derogadas Directiva 89/48/CEE<sup>233</sup>, Directiva 92/51/CEE<sup>234</sup> y Directiva 99/42/CE<sup>235</sup>. Estas normas, que fueron teniendo ámbitos de aplicación cada vez más amplios, también combinaban reconocimiento mutuo y armonización. Sin embargo, el reconocimiento no era automático ni incondicional, sino sometido a un previo control de equivalencia; y las medidas de armonización no se referían prioritariamente al contenido sustantivo de los diplomas, sino fundamentalmente al marco procedimental necesario para garantizar su reconocimiento.

La vigente Directiva de cualificaciones profesionales (Directiva 2005/36/CE<sup>236</sup>, recientemente modificada<sup>237</sup>) ha consolidado las dos aproximaciones descritas en un mismo texto legislativo. La Directiva hace uso de versiones distintas del reconocimiento mutuo según la libertad de circulación afectada (servicios o establecimiento) y según el ámbito profesional a que se refiera la cualificación profesional requerida (armonizado o no armonizado). En primer lugar, cuando se ejercite la libertad de prestación de servicios a través del desplazamiento temporal a otro Estado miembro, las autoridades de éste se encuentran obligadas a reconocer de manera automática, incondicional y sin formalidad alguna las cualificaciones profesionales que el prestador obtuvo en otro Estado, con independencia de la profesión regulada a la que se refieran (art. 5), aunque excepcionalmente pueden imponerse ciertas restricciones para las profesiones no armonizadas que tengan implicaciones para la salud o la seguridad públicas (art. 7.4) y, salvo en el caso de las profesiones armonizadas, el reconocimiento implica que la prestación del servicio se realiza bajo el título profesional del Estado de origen (art. 7.3).

---

<sup>230</sup> Directiva 93/16/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos (DO L 165 de 7.7.1993).

<sup>231</sup> Directiva 77/452/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1977, sobre el reconocimiento recíproco de los diplomas, certificados y otros títulos de enfermero responsable de cuidados generales, que contiene además medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (DO L 176 de 15.7.1977).

<sup>232</sup> Directiva 85/433/CEE del Consejo, de 16 de septiembre de 1985, relativa al reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos de farmacia y que incluye medidas tendentes a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento de ciertas actividades farmacéuticas (DO L 253 de 24.9.1985).

<sup>233</sup> Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa al sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que certifican formaciones profesionales de una duración mínima de tres años (DO L 19 de 19.1.1989).

<sup>234</sup> Directiva 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que completa la Directiva 89/48/CEE (DO L 209 de 24.7.1992).

<sup>235</sup> Directiva 1999/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de junio de 1999, por la que se establece un mecanismo de reconocimiento de títulos respecto de las actividades profesionales a que se refieren las Directivas de liberalización y de medidas transitorias (DO L 201 de 31.7.1999).

<sup>236</sup> Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (DO L 255 de 30.9.2005).

<sup>237</sup> Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de noviembre de 2013, por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) no 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI») (DO L 354 de 28.12.2013).

En segundo lugar, cuando se ejercite la libertad de establecimiento la Directiva contempla dos mecanismos distintos de reconocimiento mutuo, en función de que la cualificación profesional se encuentre o no sometida a armonización sustantiva. En ambos casos, el reconocimiento del diploma da el derecho a utilizar el título profesional del Estado de acogida (art. 52). Para los diplomas cuyo contenido y requisitos son objeto de armonización sustantiva, el reconocimiento mutuo es automático, pleno e incondicional (arts. 21-49). En cambio, para el resto de profesiones (no armonizadas) el reconocimiento mutuo no reúne ninguno de estos tres rasgos, sino que requiere de una decisión *ad hoc* del Estado de acogida, adoptada tras la celebración de un procedimiento sometido a armonización de mínimos (arts. 50 y 51); depende de la existencia de equivalencia entre la cualificación obtenida en origen y la exigida en destino (art. 13); y puede resultar en un reconocimiento parcial o en la imposición de requisitos compensatorios cuando la equivalencia no sea total (art. 14).

### 4.3. Licencias de conducción

La Directiva 2006/126/CE<sup>238</sup>, que refunda y deroga a su predecesora (Directiva 91/439/CEE<sup>239</sup>) regula un modelo único de permiso de conducción en la Unión a través de la combinación de tres elementos. El primero de ellos es un grado muy elevado de armonización del formato, condiciones de validez y requisitos para la obtención del permiso. El segundo es la imposición, en términos muy intensos, del principio de Estado de origen: la competencia exclusiva para expedir, suspender y revocar el permiso de conducción corresponde al Estado de residencia habitual. Por último, todo Estado miembro está obligado a reconocer la validez del permiso de conducción expedido por el Estado miembro competente (o bien su estado de suspensión o revocación). El reconocimiento opera aquí de manera incondicional y automática, aunque puede hacerlo también, en determinados casos, a través de una decisión formal de canje del permiso por otro expedido por el Estado de acogida. No obstante, el Tribunal de Justicia ha matizado el alcance aparentemente absoluto de esta versión legislativa del reconocimiento mutuo: cuando existan serias dudas sobre la exactitud o la validez de un permiso de conducción, las autoridades de destino están facultadas para verificar –en estrecha cooperación con el Estado de expedición– si el permiso cumple plenamente las previsiones y objetivos de la Directiva, e incluso pueden negarse a reconocerlo en ciertos casos<sup>240</sup>.

## 4. RECONOCIMIENTO MUTUO LEGISLATIVO

En las secciones anteriores se han repasado algunas de las normas de Derecho secundario que concretan el funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo en ámbitos diversos del mercado interior. Sobre esta base es posible realizar ahora las siguientes consideraciones generales acerca del funcionamiento y alcance del reconocimiento mutuo legislativo.

### 4.1. Pluralismo sin convergencia

<sup>238</sup> Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006, sobre el permiso de conducción (DO L 403 de 30.12.2006).

<sup>239</sup> Directiva 91/439/CEE del Consejo de 29 de julio de 1991, sobre el permiso de conducción (DO L 237 de 24.8.1991).

<sup>240</sup> STJUE de 26 de junio de 2008, as. C-343/06 *Wiedemann*, EU:C:2006:660, para. 73.

Los instrumentos de Derecho secundario incorporan el reconocimiento mutuo con la finalidad de facilitar el ejercicio de las libertades de circulación en el mercado interior en ámbitos en los que los Estados miembros conservan más o menos poderes regulatorios. Sin embargo, detrás de aquella denominación se esconden realmente configuraciones muy diversas del principio y, con él, distintos modos de distribuir las competencias relativas a la producción y aplicación de normas entre las instituciones de la Unión Europea y sus Estados miembros. El reconocimiento mutuo legislativo puede operar de manera diferente según los sectores sobre los que se proyecta dependiendo, entre otros elementos, del ámbito de aplicación de la Directiva de que se trate, de la densidad de la armonización alcanzada –en su caso–, de los elementos sobre los que tal armonización se proyecta, del objeto sometido a reconocimiento mutuo, del carácter automático o no del reconocimiento y, en fin, de la amplitud de las cláusulas de salvaguardia previstas<sup>241</sup>. Veamos a continuación algunos de estos factores.

Por un lado, en la legislación sectorial analizada pueden encontrarse diferentes combinaciones de reconocimiento mutuo sustantivo y procedimental. El primero se refiere a la obligación de reconocimiento por parte de las autoridades del Estado de destino de la eficacia de normas y actos que se proyectan sobre los aspectos armonizados del régimen de la actividad de que se trate. Hemos comprobado cómo las Directivas de nuevo enfoque, al armonizar los intereses públicos relativos a la protección de la salud, de la seguridad, del medio ambiente y de los consumidores, conducen al reconocimiento mutuo sustantivo de las regulaciones técnicas nacionales y de sus actos de ejecución. El segundo alude al establecimiento de procedimientos administrativos dirigidos a facilitar el reconocimiento mutuo de normas y actos. Las estrategias de reconocimiento mutuo procedimental, que se pueden desarrollar en materias sujetas a grados variables de armonización, tienen como finalidad incrementar la confianza mutua necesaria para lograr un funcionamiento eficaz del reconocimiento mutuo sustantivo. Durante los últimos años puede observarse un empleo más abundante del reconocimiento mutuo procedimental, tanto en materias particularmente difíciles de armonizar sustantivamente, como en áreas en las que la armonización ha legado a ser más intensa. Y es que, pese a lo que pudiera parecer, no hay una relación inversa entre armonización sustantiva y reconocimiento mutuo procedimental: es cierto que, en algunos ámbitos, como los productos farmacéuticos, el segundo compensa la ausencia de la primera, pero en otros, como los servicios financieros o los permisos de conducción, el legislador europeo ha optado por profundizar al tiempo en las dos estrategias.

Por otro lado, el reconocimiento mutuo legislativo no suele configurarse como una obligación incondicional. Por el contrario, los Estados miembros gozan con frecuencia de un margen de intensidad variable para moderar la obligación de reconocimiento mutuo. Las Directivas de nuevo enfoque establecen cláusulas de salvaguardia que permiten a las autoridades de destino impedir o condicionar la comercialización de productos procedentes de otros Estados miembros en situaciones de riesgo. Lo mismo se deriva de la Directiva sobre cualificaciones profesionales, que permite a los Estados imponer requisitos compensatorios en el ámbito de la libertad de establecimiento. Por el contrario, las Directivas sobre medicamentos limitan ese margen de forma considerable: el Estado ante el que se solicita el reconocimiento mutuo de la autorización emitida en otro Estado miembro no puede rechazarlo directamente, sino que ha de someter el asunto

---

<sup>241</sup> GNES (2006); JENSSENS (2015: 126, 129); VAN BALLEGOOIJ (2015: 361 ss.).

a la consideración del resto de Estados afectados y, eventualmente, de la agencia europea competente. Lo mismo puede decirse respecto del carácter automático del reconocimiento mutuo: en ocasiones las autoridades de destino se limitan a dar efecto a una declaración procedente de las de origen (reconocimiento mutuo pasivo), mientras que en otras la incorporan a sus procedimientos en caso de equivalencia funcional (reconocimiento mutuo activo)<sup>242</sup>. En definitiva, también en relación con este aspecto el Derecho secundario ofrece ejemplos de modelos diferentes de configuración normativa de la obligación de reconocimiento mutuo, entre los que el legislador europeo puede elegir discrecionalmente en función de criterios tales como el margen de autonomía del que gozan los Estados miembros o el alcance de la armonización centralizada<sup>243</sup>.

## 4.2. Reconocimiento mutuo y armonización

El principal de los motivos por los que el panorama legislativo refleja una imagen de diversidad es que los instrumentos de Derecho secundario pueden incorporar varios grados y técnicas de armonización según los sectores y ello conduce a que el reconocimiento mutuo se comporte de formas diferentes. Podemos realizar aquí dos distinciones. La primera es entre armonización exhaustiva y armonización parcial, según que la norma europea regule todos los aspectos de una materia o deje algunos, expresa o implícitamente, para que sean regulados por los Estados miembros. La distinción permite identificar tipos ideales, pero en la práctica el problema no se plantea en relación con la regulación del sector o de la materia, globalmente considerados, sino con la regulación de la cuestión concreta sobre la que las autoridades de destino pretenden aplicar su propia legislación a bienes o personas procedentes de otros Estados miembros. Desde esta perspectiva, lo relevante es si ese aspecto concreto ha sido o no coordinado mediante el instrumento de Derecho secundario y si, por tanto, su regulación ha sido o no armonizada. En caso de que sí lo haya sido, las autoridades nacionales están sometidas directamente al instrumento de Derecho secundario, lo cual precluye la posibilidad de acudir al Derecho primario para tratar de justificar la adopción de medidas nacionales que impidan o dificulten la libertad de circulación<sup>244</sup>. Por el contrario, en el ejercicio del margen que dicho instrumento reserve a las autoridades nacionales éstas podrán adoptar medidas restrictivas siempre que superen el marco de justificación propio del Derecho primario, esto es, que puedan ampararse en una excepción prevista en el Tratado o en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y satisfagan el principio de proporcionalidad<sup>245</sup>. De ahí que pueda afirmarse que, con frecuencia, el reconocimiento mutuo judicial cumple una función supletoria respecto de las normas de armonización en el mercado interior. Por último, aunque no sea en modo alguno frecuente, la norma de Derecho secundario puede impedir o limitar la posibilidad de acudir al sistema de justificaciones propio del Derecho primario pese a no armonizar completamente la materia. Un ejemplo lo encontramos en el art. 16.1 III b) de la Directiva de servicios que, como hemos comprobado, permite a los Estados miembros adoptar normas que restringen la libertad de establecimiento, pero al mismo tiempo limita considerablemente los posibles intereses públicos cuya tutela se puede perseguir con ellas.

<sup>242</sup> ARMSTRONG (2002: 240 s.).

<sup>243</sup> MÖSTL (2010: 414).

<sup>244</sup> STJUE de 5 de octubre de 1977, as. 5-77, *Tedeschi*, ECLI:EU:C:1977:144, para. 35.

<sup>245</sup> JANSSEN (2015: 87)



La segunda distinción permite diferenciar entre armonización plena y armonización de mínimos. Aquella consiste en la producción de reglas uniformes dirigidas a homogeneizar los niveles de protección de los intereses públicos relevantes y tiene como consecuencia la sustracción a los Estados miembros de cualquier espacio para producir reglas diferentes. Tal y como pone de manifiesto la regulación de los medicamentos, la diversidad regulatoria desaparece a resultas de la extensión de este tipo de armonización. Las autoridades nacionales pueden retener competencias de ejecución de los instrumentos de Derecho secundario, de forma que el reconocimiento mutuo se proyecta sobre las decisiones adoptadas en ejecución, no de normas nacionales, sino europeas. Ya desde las primeras Directivas de nuevo enfoque, sin embargo, la estrategia más frecuentemente utilizada ha sido la armonización de mínimos. La Unión Europea define aquí un nivel de protección mínimo común de los intereses públicos relevantes. Ese nivel de protección puede ser ampliado por los Estados miembros en los términos siguientes. Por un lado, el Estado puede dictar normas internas que establezcan requisitos y condiciones adicionales aplicables a sus propias mercancías y personas que, por definición, quedarán entonces sometidos a una discriminación inversa. Por otro lado, el Estado puede también someter a ese nivel ampliado de protección a los bienes y personas procedentes de otros Estados miembros si se cumplen los dos presupuestos siguientes: (i) que ello no esté excluido por el concreto instrumento de Derecho secundario; y (ii) que ello satisfaga los presupuestos de corrección que se derivan del principio de reconocimiento mutuo judicial, en los términos analizados *supra* para cada libertad de movimiento<sup>246</sup>.

### 4.3. Reconocimiento mutuo y país de origen

Resta hacer una observación final acerca de las relaciones entre el reconocimiento mutuo legislativo y el llamado principio del país de origen. En el Preámbulo de varias Directivas se hace referencia al segundo<sup>247</sup> y un sector de la doctrina considera que con él se produce un mayor nivel de integración que el resultante del primero. En el marco del Derecho secundario del mercado interior, el principio de país de origen suele entenderse como una política regulatoria caracterizada por los tres elementos siguientes: (i) el operador está sometido a las normas y actos de control procedentes del Estado de origen; (ii) las autoridades de origen son competentes para controlar las actividades transfronterizas; y (iii) las autoridades de destino sólo pueden aplicar su propia legislación a los operadores procedentes de otros Estados de acuerdo con un sistema de justificación más limitado que el que se deriva del Derecho primario<sup>248</sup>. Si es a esto a lo que se denomina principio de país de origen, entonces esta noción alude a una modalidad de reconocimiento mutuo legislativo que se caracteriza por limitar las posibilidades de los Estados miembros de aplicar su propia legislación a los operadores procedentes de otros Estados miembros. Dicho de otro modo: el principio de país de origen es una de las posibles caras del reconocimiento mutuo.

---

<sup>246</sup> JANSSEN (2015: 88 s.)

<sup>247</sup> Por ejemplo, considerando 33 de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (DO L 95 de 15.4.2010).

<sup>248</sup> JANSSEN (2015: 71 ss.).



Para demostrar esto podemos acudir a los dos ejemplos siguientes. La Directiva 2006/48/CE<sup>249</sup>, como hemos comprobado ya (*supra* 3.2.), sometía a las entidades de crédito a un modelo de regulación basado en el país de origen: primero, las entidades de crédito debían obtener una autorización del Estado de origen que desplegaba efectos transnacionales, es decir, que debía ser reconocida por otros Estados miembros; segundo, el grueso de las competencias de supervisión correspondía al Estado de origen; y, tercero, el Estado de acogida podía, a pesar de todo, imponer condiciones por razones de interés general a las sucursales de entidades de crédito autorizadas por otros Estados miembros. Pues bien, el contenido del principio del Derecho de origen no es aquí sino el reverso de la obligación del Estado de destino de permitir el ejercicio en su territorio de las libertades de prestación de servicios y establecimiento por parte de las entidades financieras que han sido autorizadas y que son supervisadas con carácter general por las autoridades de otros Estados miembros, todo ello en el marco de armonización sustantiva y cooperación administrativa que se deriva de las normas de armonización correspondientes.

El segundo ejemplo nos lo proporciona la Directiva de servicios. En la Propuesta original de la Comisión el régimen de la libre prestación de servicios transfronterizos –no así el de la libertad de establecimiento– estaba sujeto con carácter general al principio del país de origen. El art. 16.1 y 2 establecía que los prestadores estarían “sujetos únicamente a las disposiciones nacionales de su Estado miembro”, de forma que el Estado de origen se encargaría “de controlar al prestador y los servicios que realice, incluso cuando preste sus servicios en otro Estado miembro”. Así mismo, el art. 16.3 prohibía en todo caso una serie de restricciones que, según se ha comprobado, ahora pueden llegar a justificarse. Por último, los arts. 17, 18 y 19 establecían excepciones al art. 16 y, por tanto, límites a la aplicación del principio de país de origen. De este modo, aunque mucho más limitados que los previstos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en esos supuestos los Estados miembros podrían seguir aplicando la legislación de destino a los servicios procedentes de otros Estados miembros. Como consecuencia de la elaboración de la segunda Propuesta de la Comisión, que por su parte fue resultado de la posición común del Parlamento Europeo, en la versión definitiva las referencias del art. 16.1 y 2 al principio de origen se suprimieron y fueron sustituidas por el marco regulatorio descrito que, en esencia, reproduce la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las libertades de circulación: los Estados tienen vedado adoptar medidas que restrinjan el acceso al mercado, a no ser que puedan justificarse en virtud de diversas categorías de excepciones.

Durante el proceso de elaboración de la Directiva se trató de distinguir conceptualmente entre el principio de país de origen de la primera versión y el de reconocimiento mutuo<sup>250</sup>. Sin embargo, la diferencia, aunque relevante, era puramente semántica y de grado. La versión original regulaba directamente el Derecho que habría de aplicarse (el Derecho de origen), mientras que la vigente regula el que no puede aplicarse (el Derecho de destino)<sup>251</sup>. Pero la diferencia es puramente de énfasis y ambos conducen al mismo resultado: si la medida nacional no se puede llegar a justificar, en ambos supuestos se aplicaría el Derecho de origen; en otro caso, y también en ambos supuestos, se aplicaría el Derecho de destino. Y es que el principio de país de origen diseñado en el art. 16 de la Propuesta original de la Directiva no conducía a un nuevo modelo de regulación basado

<sup>249</sup> Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, DO L 177 de 30.6.2006.

<sup>250</sup> Vid. NICOLAÏDIS (2007: 687 s.); NICOLAÏDIS y SCHMIDT (2007: 729), con referencias.

<sup>251</sup> BARNARD (2007: 362).

en la consideración del principio de país de origen como una norma de distribución de la competencia regulatoria, que es lo que ocurriría en caso de que el Derecho de origen se aplicara aunque el de destino no fuera contrario al Derecho de la Unión, sino que más bien trataba de precisar el funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo, así como de apurar las oportunidades de integración negativa que éste ofrecía limitando las posibilidades de reconocer excepciones a las libertades de circulación.

En conclusión, en el Derecho del mercado interior no hay una diferencia cualitativa o fuerte entre los principios de reconocimiento mutuo y de país o Derecho de origen. La razón es que la aplicación de las normas y el efecto transfronterizo de los actos de supervisión de las autoridades de origen son las consecuencias de la aplicación del primero, de modo que el segundo está sometido a las excepciones y desplazamientos estudiados. Por un lado, ni las normas del Tratado ni los instrumentos de Derecho secundario han optado por la regulación y control en origen como criterio de distribución de los poderes regulatorios entre los Estados miembros<sup>252</sup>, tal y como ocurriría si los bienes y servicios producidos legalmente en el Estado de origen pudieran comercializarse legalmente en el mercado interior con entera independencia de la legislación del Estado de destino<sup>253</sup>. No hay, pues, correspondencia posible con del modelo de regulación diseñado en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, y en lo que aquí interesa declarado inconstitucional<sup>254</sup>, cuyo estudio se acomete en otro Capítulo de esta obra<sup>255</sup>. Y, por otro lado, el Derecho secundario que ha avanzado por esta senda lo ha hecho en concretos sectores de actividad, como el de los seguros (*supra* 3.2.), en relación con aspectos determinados de su regulación y supervisión y, además, acompañando normalmente ese modelo de normas armonizadas<sup>256</sup>.

## C. RECONOCIMIENTO MUTUO Y MODELOS DE REGULACIÓN

### 1. FUNDAMENTOS

La regulación económica en Europa se encuentra marcada por dos circunstancias. Por un lado, las actividades económicas se desarrollan en gran medida sobre el ámbito territorial correspondiente a distintas jurisdicciones, de modo que los operadores económicos deben adecuar el desarrollo de su actividad a políticas regulatorias procedentes de varios sujetos. Por otro lado, la Unión Europea es un sistema político compuesto y, en particular, un sistema de producción normativa multinivel, de forma que la regulación aplicable en cada una de aquellas jurisdicciones tiene normalmente su origen en la actuación de distintos niveles territoriales.

Al ser la Unión Europea un sistema político compuesto o multinivel, resulta preciso interrogarse acerca de cómo se encuentran repartidos en su seno los poderes regulatorios. Podemos identificar distintos modelos de organización de la producción normativa originada en los diferentes niveles territoriales y entes públicos que la componen o, lo

<sup>252</sup> Vid. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *infra* Capítulo 5.

<sup>253</sup> ARMSTRONG (2002: 238 s.); ROTH (2016: 430 ss.).

<sup>254</sup> STC 79/2017 de 22 de junio.

<sup>255</sup> Vid. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *infra* Capítulo 5.

<sup>256</sup> Directiva 2009/138/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y a su ejercicio (Solvencia II) (DO L 335 de 17.12.2009).

que es lo mismo, aislar tipos abstractos o modelos de regulación. Tal y como se comprobará a continuación, la diversidad observada en la configuración del principio de reconocimiento mutuo, tanto por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>257</sup> como por la del legislador de la Unión<sup>258</sup>, así como la que puede observarse en ámbitos<sup>259</sup> y sistemas políticos diferentes<sup>260</sup>, es consecuencia de su utilización en el marco de modelos de regulación diferentes. La literatura académica ha distinguido a este respecto tres modelos o tipos ideales, con éstas u otras posibles denominaciones en función del aspecto que con ellas pretenda destacarse: la regulación centralizada, la regulación descentralizada y la regulación competitiva<sup>261</sup>.

Antes de analizarlos sucintamente, conviene, sin embargo, realizar dos consideraciones previas. En primer lugar, en los sistemas políticos compuestos en los que la competencia para regular las actividades económicas se encuentra descentralizada puede observarse una presión, de intensidad variable, hacia la aproximación de las regulaciones aplicables a una misma actividad económica. Esa presión tiene su origen en causas de distinta naturaleza: las transformaciones tecnológicas han demandado históricamente una progresiva ampliación de la dimensión territorial del mercado; la eficiencia de los intercambios puede verse afectada por el pluralismo regulatorio; las estructuras políticas del nivel territorial superior tienden a agotar los poderes regulatorios que detentan; y, en fin, la homogeneidad regulatoria facilita la satisfacción de principios constitucionales relevantes como la certeza o la igualdad.

Pero si en los sistemas políticos compuestos la integración jurídica es una necesidad, la diversidad es, al mismo tiempo, un valioso patrimonio. La coexistencia de diferentes políticas regulatorias en los niveles territoriales inferiores fomenta la innovación política, posibilita la experimentación por parte de las autoridades regulatorias y, con ello, permite mejorar la calidad general de la regulación. De ahí que, a la hora de configurar un sistema político descentralizado, el reto sea aislar aquellos ámbitos en los que la uniformidad sea verdaderamente imprescindible y, en relación con el resto, procurar que la tendencia endógena hacia la homogeneidad de las regulaciones no agote por completo la diversidad y el pluralismo.

Dos últimas observaciones generales pueden hacerse a este respecto. Por un lado, el equilibrio entre integración jurídica y diversidad, entre homogeneidad y pluralismo regulatorio, se concreta en una específica combinación de los modelos de regulación que a continuación se analizan. Y es que, en cuanto tipos ideales, estos modelos no aparecen en la realidad de forma plena, sino sometidos a límites de distinto alcance y mezclados entre sí a partir de combinaciones diversas<sup>262</sup>. Por otro lado, esa solución de equilibrio no puede tratar de alcanzarse en abstracto, sino que habrá de ser diferente en función de las características del objeto de la regulación. La razón es bien simple: las peculiaridades del mercado sobre el que ésta última se proyecte contribuyen a que las ventajas y desventajas respectivas de cada modelo presenten una intensidad variable.

<sup>257</sup> Vid. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *supra* Capítulo 1.

<sup>258</sup> Vid. ARROYO JIMÉNEZ/UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *supra* Capítulo 2.

<sup>259</sup> Vid. GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, *supra* Capítulo 3; ORTEGA BERNARDO, *supra* Capítulo 4.

<sup>260</sup> Vid. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *supra* Capítulo 5.

<sup>261</sup> MADURO (1998: 103 ss.); ARMSTRONG (2002: 229); SCHMIDT (2007: 671 ss.).

<sup>262</sup> ANDERSON (2002: 243).

## 2. MODELOS DE REGULACIÓN

### 2.1. Regulación centralizada

La regulación centralizada consiste en el establecimiento de normas aplicables en todo el territorio de la Unión Europea<sup>263</sup>. Más allá de esta caracterización general, la regulación centralizada puede concretarse en modalidades diferentes por razón del alcance y del origen de esas normas. Por lo que respecta a su alcance es frecuente distinguir entre la unificación y la armonización del régimen aplicable a una determinada actividad. La primera consiste en la adopción de normas que agotan la regulación de la materia y, por tanto, desplazan, sustituyéndolas, a las normas procedentes de los niveles inferiores de gobierno. La segunda, por el contrario, no tiene como finalidad eliminar por completo la diversidad regulatoria sino lograr la aproximación de las regulaciones aplicables en las distintas jurisdicciones.

En cuanto a su origen, la regulación centralizada suele concretarse en normas dictadas desde el nivel territorial superior, esto es, en Reglamentos y Directivas aprobadas por las instituciones de la Unión a través de los procedimientos normativos previstos en el Tratado de Funcionamiento y, singularmente, a través del procedimiento legislativo ordinario. Pero existen otras alternativas que también conducen a la adopción de normas aplicables en todo el territorio y, por tanto, otras modalidades de regulación centralizada<sup>264</sup>. Una de ellas es acudir a mecanismos de autorregulación, en sus más variadas formas, que van desde la normalización técnica hasta el diálogo social. Con frecuencia estos procesos se encuentran vinculados con más o menos intensidad a normas dictadas por las Instituciones de la Unión, de modo que constituyen manifestaciones de autorregulación regulada<sup>265</sup>. Otra posibilidad es recurrir a instrumentos de *soft law* generados por Instituciones de la Unión y, singularmente, por la Comisión. A pesar de carecer por sí mismos de carácter vinculante, esos instrumentos producen con frecuencia efectos jurídicos en la medida en que se integran en el proceso de ejercicio de poderes discrecionales de las Instituciones europeas, precisando el contenido de las decisiones correspondientes y, con ello, facilitando su control por el Tribunal de Justicia<sup>266</sup>. Una última variante es, en fin, la celebración de acuerdos internacionales, ya sea en ejercicio de la competencia exclusiva de la Unión o en forma de acuerdos mixtos, así como las decisiones adoptadas por los órganos que esos Acuerdos puedan, eventualmente, crear. Estos acuerdos y decisiones, cuyos contenidos afectan de manera creciente al mercado, forman parte del Derecho de la Unión, ocupan en él una posición jerárquicamente supraordenada a las normas de Derecho secundario (art. 216.2 TFUE) y pueden disfrutar de la posición que les otorgan las técnicas del efecto directo y primacía<sup>267</sup>.

Cuando la regulación centralizada se concreta en normas pertenecientes al Derecho de la Unión, la regla es su ejecución en régimen de administración indirecta por los Estados miembros (art. 291.1 TFUE). En tal caso, el único espacio para el principio de

<sup>263</sup> Algunas de las ideas que se desarrollan a continuación se encuentran planteadas en ARROYO JIMÉNEZ (2004: 249 ss.).

<sup>264</sup> Vid. HALBERSTAM y REIMANN (2010: 3 ss.).

<sup>265</sup> Vid. ARROYO JIMÉNEZ/UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *supra* Capítulo 2.

<sup>266</sup> STJUE de 13 de diciembre de 1989, as. C-322/88, *Grimaldi*, ECLI:EU:C:1989:646, **para. 18**.

<sup>267</sup> SSTJUE de 12 de diciembre de 1972, as. zc. 21/72 a 24/72, *International Fruit Company*, ECLI:EU:C:1972:115; y de 3 de junio de 2008, as. C-308/06, *Intertanko*, ECLI:EU:C:2008:312.

reconocimiento mutuo es el de los efectos transfronterizos de las decisiones administrativas dictadas por las autoridades nacionales para su ejecución. Sin embargo, es de sobra conocido que la Unión asume cada vez con mayor entusiasmo la ejecución del Derecho europeo a través de su propia Administración (art. 298 TFUE). En esos casos el modelo de regulación centralizada arrincona al principio de reconocimiento mutuo, en la medida en que éste presupone la intervención de los Estados miembros<sup>268</sup>.

La regulación centralizada tiene dos ventajas esenciales por comparación con otros modelos regulatorios<sup>269</sup>. Por un lado, es la mejor solución desde el punto de vista de los principios de igualdad y de certeza, ya que conduce a la existencia de una única política regulatoria en todo el territorio y, con ello, proporciona un tratamiento uniforme a los agentes económicos que compiten en un único mercado. Por otro lado, la regulación centralizada permite satisfacer al tiempo dos objetivos relevantes a la hora de organizar la regulación en un sistema multinivel: garantizar la libre circulación de los factores de producción y de los agentes económicos en todo el territorio, de un lado, y posibilitar la formulación e implementación de una política regulatoria al efecto de corregir los fallos del mercado que en su caso se detecten en el mercado controvertido, de otro. Frente a lo que ocurre en otros modelos de regulación, en éste lo segundo no se logra necesariamente a costa de lo primero.

Pero si las ventajas abstractas de la regulación centralizada son considerables, sus inconvenientes tampoco son despreciables<sup>270</sup>. Ante todo, la producción de normas aplicables en todo el territorio, sea cual sea la estructura de regulación elegida, puede llegar a ser relativamente costosa<sup>271</sup>. Además, los costes pueden ser particularmente elevados cuanto mayores sean las diferencias entre los diversos Estados miembros. Las diferencias que aquí interesan no se refieren sólo a las peculiaridades de la actividad privada que constituye el objeto de la regulación, sino también a la tradición jurídica y a las características de partida de las políticas regulatorias propias de cada uno de ellos. Cuanto más alejados se encuentre unas y otras entre sí, más difícil será alcanzar los acuerdos necesarios para su adopción que, por su parte, son diferentes según cuáles sean la autoridad y el procedimiento normativo. Por otro lado, la regulación centralizada produce efectos desiguales sobre los diversos Estados miembros, toda vez que las normas en las que se concreta se basan normalmente en una concreta política regulatoria nacional, de tal manera que su extensión al resto de los Estados miembros (*spill-over*) provoca mayores dificultades de adaptación a unos que a otros y, con ello, genera un reparto desigual de los beneficios y costes de adaptación a la nueva norma. Con todo, el principal inconveniente abstracto de la regulación centralizada es que, al conducir a la aplicación de una única política regulatoria en todo el territorio, puede reducir, cuando no eliminar por completo, la diversidad regulatoria presente en los Estados miembros<sup>272</sup>. La consecuencia de ello es la pérdida del patrimonio de innovación, experimentación y mejora regulatorias que esconde el pluralismo.

Para finalizar, la cuestión de la legitimidad democrática de la regulación centralizada adquiere una especial relevancia desde un punto de vista constitucional. Por un lado, el

<sup>268</sup> Vid. ARROYO JIMÉNEZ/UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *supra* Capítulo 2.

<sup>269</sup> Vid. SUN y PELKMANS (1995: 86 ss.).

<sup>270</sup> Vid. SUN y PELKMANS (1995: 86 ss.).

<sup>271</sup> MAJONE (1990: 3).

<sup>272</sup> WEATHERHILL (1996: 144 ss.).



examen del régimen aplicable a mercados de bienes y servicios tan diversos como los juguetes, los medicamentos, los servicios audiovisuales<sup>273</sup>, o el mercado de trabajo<sup>274</sup>, pone de manifiesto que las exigencias de legitimidad democrática no son siempre las mismas, sino que dependen, entre otros factores, del objeto de la regulación, de su mayor o menor dimensión política, de su carácter técnico o del grado de incertidumbre que le caracterice. En definitiva, el nivel de legitimidad exigible no es siempre el mismo, sino que depende de cuál sea el ámbito material de la regulación. Por otro lado, el nivel de legitimidad democrática de una política regulatoria es función de criterios diversos que atañen a su autoridad y procedimiento normativos. Dicho de otro modo, las características concretas del sujeto que adopta el instrumento –las Instituciones que intervienen en el método comunitario, la Comisión, los agentes sociales europeos, los organismos de normalización, etc.– y del procedimiento a través del cual se adopta la norma –el procedimiento legislativo ordinario, el procedimiento de comitología, el diálogo social, la negociación de acuerdos comerciales, etc.– pueden arrojar distintos niveles de legitimidad. Las diferentes modalidades de regulación centralizada que se han descrito ponen de manifiesto, en definitiva, que para valorar el nivel de legitimidad democrática de una determinada política regulatoria aplicable en todo el territorio es preciso analizar con detalle las características de la estructura de regulación que la ha generado.

## 2.2. Regulación descentralizada

En la Unión Europea el modelo de regulación descentralizada se caracteriza por dos circunstancias. La primera consiste en que los Estados miembros mantienen sus competencias de regulación del mercado, ya sea porque no se las llegaron a atribuir a la Unión (art. 5 TUE) o porque, aun habiéndoselas transferido, ésta no las haya ejercido en relación con toda o parte de la materia correspondiente (art. 2.2 TFUE). En todos estos casos y en virtud de fundamentos normativos distintos, los Estados miembros continúan estando habilitados para formular sus propias políticas regulatorias. La segunda alude a que la libertad de los Estados miembros a la hora de ejercer esas competencias regulatorias, lejos de ser ilimitada, está sujeta a las libertades de circulación en el mercado interior, que aquí se configuran como una prohibición de discriminación por razón del origen de los productos, servicios, personas o capitales. Las medidas nacionales prohibidas pueden ser, por lo demás, directamente discriminatorias, o bien limitarse a producir una discriminación indirecta.

El análisis de la jurisprudencia sobre el reconocimiento mutuo en el Derecho primario<sup>275</sup> ha permitido comprobar que la prohibición de las medidas discriminatorias opera como una suerte de contenido mínimo de las libertades de circulación en el mercado interior: aunque a veces éstas pueden desplegar contenidos adicionales, las medidas discriminatorias por razón del origen están prohibidas con carácter general. Eso no significa, sin embargo, que los Estados miembros tengan vedado adoptar cualquier medida discriminatoria. En primer lugar, la norma que reconoce la correspondiente libertad puede no llegar a aplicarse a aquellas actividades que, de conformidad con el Tratado o la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia, no sean consideradas actividades económicas, ya sea porque no se realizan normalmente a cambio de una

<sup>273</sup> Vid. ARROYO JIMÉNEZ/UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *supra* Capítulo 2; ORTEGA BERNARDO, *supra* Capítulo 4.

<sup>274</sup> Vid. GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, *supra* Capítulo 3.

<sup>275</sup> Vid. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *supra* Capítulo 1.



remuneración o porque, aun haciéndolo, implican el ejercicio de prerrogativas de autoridad o la prestación de servicios de solidaridad. En segundo lugar, aun cuando se aplique la norma que reconoce la libertad de que se trate, la medida discriminatoria puede estar justificada en virtud de alguna de las excepciones previstas por las normas del Tratado, siempre que satisfaga el principio de proporcionalidad en su doble dimensión de adecuación y necesidad.

Considerada en abstracto frente al modelo de regulación centralizada, esta segunda estrategia presenta un catálogo diferente de fortalezas y debilidades que tiende a solaparse con las de la subsidiariedad<sup>276</sup>. Entre las primeras destacan las tres siguientes. Por un lado, la regulación descentralizada amplía la competencia de las autoridades nacionales, a las que puede presumirse una mayor proximidad y, con ella, un mejor conocimiento de las peculiaridades del objeto de la regulación. Esa ventaja subjetiva es tanto más importante cuanto mayores sean las diferencias, a este respecto, entre los diferentes Estados miembros. Por otro lado, en el caso de la Unión Europea suele destacarse el mayor nivel de legitimidad democrática del que gozarían las autoridades nacionales por comparación con las europeas. Por último, la principal ventaja del modelo es su capacidad para conservar el patrimonio de innovación que representa la diversidad de políticas regulatorias, ya que sólo quedarían excluidas aquellas de las que resulte una discriminación directa o indirecta.

Esta última observación, sin embargo, apunta al tiempo a su principal debilidad: la mera prohibición de la discriminación no permite evitar eficazmente que los Estados miembros utilicen sus competencias con fines proteccionistas. En efecto, es bien sabido que los Estados miembros pueden adoptar medidas indistintamente aplicables que, sin embargo, operen como barreras que dificulten el acceso al mercado nacional por parte de mercancías, servicios, personas o capitales procedentes de otros Estados miembros. En aquellos mercados en los que las Instituciones de la Unión procuren alcanzar un grado elevado de integración el modelo de regulación descentralizada puede no ser lo suficientemente potente. La evolución de la interpretación de las libertades de circulación por el Tribunal de Justicia es la historia de la delimitación jurisprudencial de aquellos ámbitos en los que la integración que resulta de la prohibición de la discriminación es satisfactoria, frente a aquellos otros en los que no se considera suficiente.

### 2.3. La regulación competitiva

Una de las respuestas que ha proporcionado el Derecho de la Unión Europea a las insuficiencias del modelo de regulación descentralizada detectadas en un determinado sector de actividad económica es el impulso de políticas de regulación centralizada. Otra posible respuesta ha sido, sin embargo, la activación del modelo de regulación competitiva. El punto de partida es aquí el mismo que en el modelo anterior: el reconocimiento de las libertades de circulación en el marco de un sistema multinivel caracterizado por un cierto grado de descentralización del poder regulatorio. La diferencia reside en que, a la hora de ejercer sus competencias, los Estados miembros no sólo están sometidos al principio de no discriminación, sino también al principio de reconocimiento mutuo.

---

<sup>276</sup> Vid. HALBERSTAM (2012: 586 ss.).

El origen de la obligación de reconocimiento mutuo y, con ella, de la adopción de esta estrategia regulatoria, puede encontrarse en la interpretación de las libertades de circulación por el Tribunal de Justicia<sup>277</sup>, o bien en la adopción por las Instituciones de la Unión de un instrumento de Derecho secundario<sup>278</sup>. Tanto aquél como éstas pueden establecer que los Estados miembros, a la hora de regular una determinada actividad económica, no sólo tienen vedado adoptar medidas discriminatorias sino también aquellas que puedan obstaculizar o restringir el ejercicio de las libertades de circulación. Tal y como se ha comprobado, esta configuración del marco regulatorio aplicable a un determinado mercado determina que las autoridades del Estado de destino no puedan aplicar su propia regulación ni, por tanto, impedir la comercialización de los productos, la prestación de los servicios o la circulación de personas y capitales a los operadores que cumplen la legislación de origen. En ambos casos la prohibición que recae sobre el Estado de destino se corresponde con un derecho subjetivo del operador; un derecho que forma parte del contenido de la libertad de circulación correspondiente, en el primer caso, o que tiene su origen en el instrumento de Derecho secundario que hubiera extendido el principio de reconocimiento mutuo, en el segundo.

Al igual que ocurre con el modelo de regulación descentralizada, tampoco éste se aplica de forma ilimitada. El principio de reconocimiento mutuo judicial está sometido a dos tipos de excepciones. Por un lado, en determinados ámbitos la libertad de circulación deja de interpretarse en los términos amplios que se derivan de *Dassonville*, para pasar a proteger a los operadores sólo frente a las medidas de carácter discriminatorio<sup>279</sup>. Por otro lado, incluso cuando la libertad de circulación se interpreta en aquellos términos, las medidas restrictivas pueden estar justificadas si la actividad no tiene carácter económico en el sentido del Tratado de Funcionamiento o si pueden justificarse en virtud de alguna excepción prevista en el Tratado o en la doctrina del Tribunal de Justicia. El principio de reconocimiento mutuo legislativo, por su parte, tiene el alcance y los límites previstos en el correspondiente instrumento de Derecho secundario, no sólo porque la prohibición de aplicar el Derecho de origen pueda tener su origen en él, sino porque, tal y como hemos visto, frecuentemente las normas de Derecho secundario extienden el principio de reconocimiento mutuo al tiempo que profundizan en la regulación centralizada de la materia de que se trate. Así mismo, en el ejercicio del margen de libertad que las Instituciones de la Unión hayan dejado abierto a los Estados miembros, la aplicación de las normas nacionales estará igualmente condicionada al cumplimiento de los límites propios del principio de reconocimiento mutuo judicial<sup>280</sup>.

La aplicación del reconocimiento mutuo sobre un sector de actividad económica transforma radicalmente el comportamiento de la regulación del mercado. En primer lugar, en la medida en que dicho principio se aplique, la existencia de regulaciones diferentes en los Estados miembros dejará de limitar el desarrollo de los intercambios y se desvanecerá el riesgo de que las autoridades de destino adopten medidas indistintamente aplicables pero materialmente proteccionistas. Si ello no va acompañado de la adopción de normas aplicables en todo el territorio, ese efecto benéfico se producirá a costa de reducir el espacio para la adopción de normas de protección de intereses públicos. En segundo lugar, es plausible que la aplicación del principio de reconocimiento

<sup>277</sup> Vid. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *supra* Capítulo 1.

<sup>278</sup> Vid. ARROYO JIMÉNEZ/UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *supra* Capítulo 2.

<sup>279</sup> Vid. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *supra* Capítulo 1, 5.

<sup>280</sup> Vid. ARROYO JIMÉNEZ/UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *supra* Capítulo 2, 4.

mutuo inicie un proceso de competencia entre las autoridades reguladoras de los Estados miembros que, debido a los incentivos que genera, va más allá de la simple emulación o comparación<sup>281</sup>. Desde el punto de vista de la demanda, los operadores económicos tenderán a establecerse en aquellos Estados miembros cuya regulación satisfaga sus preferencias o, en su caso, a elegir bienes o servicios procedentes de ellos. Desde el punto de vista de la oferta, las autoridades nacionales tenderán a adaptar sus políticas regulatorias con la finalidad de ofrecer a los inversores un marco regulatorio atractivo. En tercer lugar, es razonable pensar que la competencia entre regulaciones conduce a la homogeneización de los marcos regulatorios de los Estados miembros y que, por lo tanto, la regulación competitiva es un modelo de integración jurídica. Por un lado, las regulaciones que mejor satisfagan las preferencias de los agentes que intervienen en ese mercado de normas tenderán a ser emuladas por otros sistemas. Y, por otro lado, aquellas regulaciones que lo hagan en menor medida tenderán a desaparecer en beneficio de las primeras. Algunas experiencias comparadas, como la que proporciona la evolución del Derecho societario en los Estados Unidos de América, permiten asociar la competencia entre normas y la convergencia regulatoria (*race to convergence*)<sup>282</sup>.

La regulación competitiva conduce, como se ha indicado, a la aproximación de los marcos regulatorios de los Estados miembros. Sin embargo, el tipo de integración jurídica que produce el reconocimiento mutuo se diferencia radicalmente del que genera la regulación centralizada. En primer lugar, frente a la generalización de una política regulatoria en todo el territorio de la Unión mediante instrumentos de regulación centralizada (integración positiva), el reconocimiento mutuo incrementa la homogeneidad mediante la depuración de las políticas regulatorias que satisfacen en menor medida las preferencias de los operadores económicos (integración negativa). En segundo lugar, el reconocimiento mutuo conduce a la extensión de unas políticas regulatorias en perjuicio de otras, sin que la selección tenga lugar mediante criterios políticos, tal y como sucede con la regulación centralizada. En tercer lugar, frente a la dimensión burocrática que presenta normalmente la regulación centralizada, la regulación competitiva conduce a una regulación espontánea, en cuanto que la selección de las políticas regulatorias que tenderán a extenderse a otros Estados miembros no se encomienda a actores políticos sino a los que intervienen en el mercado sobre el que aquellas se proyectan. En cuarto lugar, el principio de reconocimiento mutuo suele dar lugar a discriminaciones inversas, en la medida en que sólo impide a las autoridades de destino aplicar su regulación a los operadores que proceden de otros Estados miembros, pero no a lo que se encuentran establecidos en su territorio, de modo que si esa regulación es más estricta los segundos se encontrarán en una posición de desventaja competitiva.

La integración jurídica a la que conduce el modelo de regulación competitiva puede presentar un grado de intensidad variable, por cuanto que el principio de reconocimiento mutuo opera en todo caso sometido a diversos condicionantes y, desde esta perspectiva, puede por tanto aplicarse en distintos grados<sup>283</sup>. Son tres, en particular, los criterios que determinan el alcance del principio de reconocimiento mutuo. El primero se refiere a si la competencia de las autoridades nacionales se proyecta sobre la regulación de toda la materia o si, por el contrario, hay normas aplicables en todo el territorio que configuran,

<sup>281</sup> SUN y PELKMANS (1995: 69).

<sup>282</sup> DEAKIN (2006: 445 ss.).

<sup>283</sup> ARMSTRONG (2002: 244).

con mayor o menor intensidad, la regulación del mercado. Aunque el grado de integración no tiene por qué reducirse, cuanto mayor sea el espacio ocupado por la regulación centralizada el resultado se corresponderá menos con la imagen de la integración competitiva que se acaba de describir. El segundo alude a si, en la parte de la materia no armonizada y sometida al principio de reconocimiento mutuo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia vertida en interpretación del Tratado y, en su caso, el Derecho secundario han contemplado excepciones que, con un alcance diverso, someten a los Estados miembros a una mera prohibición de medidas discriminatorias. Cuanto mayor sea ese espacio, menor será el grado de integración jurídica del mercado de que se trate. El tercer criterio se refiere, en fin, a la previsión por el Tribunal de Justicia o, lo que es más común, por el legislador de la Unión de mecanismos procedimentales que faciliten el cumplimiento de las diversas posiciones jurídicas que pueden derivarse del principio de reconocimiento mutuo para la autoridad de destino.

Al igual que con los dos modelos anteriores, también es posible identificar en abstracto las fortalezas y debilidades características de la regulación competitiva<sup>284</sup>. Entre las primeras debemos destacar las dos siguientes. Frente a la regulación centralizada, la integración competitiva parece cuidar mejor el potencial de innovación que se esconde tras la diversidad regulatoria. Con todo, no hay que perder de vista que este modelo conduce tendencialmente al incremento de la homogeneidad, de forma que aquella valoración depende de que se encuentre o no corregido, ya sea por las características del objeto de la regulación o por la incorporación de límites en los términos antes señalados (*infra* 3). A su vez, frente a la regulación descentralizada, el principio de reconocimiento mutuo genera un efecto disciplinador en los Estados miembros, puesto que la amenaza de la deslocalización de las inversiones desincentiva la adopción y el mantenimiento de medidas que restrinjan las libertades de circulación de forma innecesaria o desproporcionada y facilita el examen permanente de la legislación de destino a la luz de otras políticas regulatorias alternativas.

Los dos inconvenientes más relevantes que, considerado en abstracto, se han asociado al modelo de regulación competitiva son la reducción del nivel de protección de los intereses públicos a cuya tutela sirven las políticas regulatorias de los Estados miembros, de un lado, y la reducción del nivel de legitimidad del producto regulatorio que genera la competencia entre normas, de otro. El primero parte de la hipótesis de que normalmente los agentes económicos, o al menos aquellos que tienen una mayor capacidad para influir en el comportamiento del mercado de normas, prefieren los marcos regulatorios caracterizados por un menor nivel de intervención pública en la autonomía individual, también cuando esa intervención se fundamenta en la tutela de intereses públicos relevantes como la protección del medio ambiente, de los consumidores o de los trabajadores. Por tanto, el principio de reconocimiento mutuo no incentivaría en todo caso regulaciones más eficientes, sino regulaciones menos intervencionistas. En la medida en que la reducción de la intervención pública al servicio de esos intereses suponga una reducción efectiva de su protección, la regulación competitiva puede contribuir a ambas<sup>285</sup>.

---

<sup>284</sup> Vid. SUN y PELKMANS (1995: 82 ss.).

<sup>285</sup> SCHMIDT (2007: 672 s.); DEAKIN (2006: 443).

No está claro cuáles son las condiciones de validez de este planteamiento teórico, puesto que, junto a la afirmación de que la competencia entre normas conduce a una reducción del nivel de protección de esos intereses, también se ha sostenido que, en determinadas circunstancias, el efecto puede no producirse o incluso ser de signo contrario<sup>286</sup>. Por su parte, el análisis empírico acerca del comportamiento de los niveles de protección de intereses públicos como consecuencia de la competencia entre normas arroja resultados contradictorios<sup>287</sup>. Las preferencias de las empresas en relación con la política regulatoria no son homogéneas, sino que dependen de factores diversos como el objeto sobre el que se proyectan (el acceso al mercado o el ejercicio de la actividad), la estructura del sector (por ejemplo, el grado de concentración del mercado) o, en fin, la posición de la empresa de que se trate (por ejemplo, la especificidad de los activos)<sup>288</sup>. El hecho de que el reconocimiento mutuo conduzca a más o menos regulación o a un nivel mayor o menor de protección de intereses públicos depende, en definitiva, de cómo se produzca en cada caso el proceso de participación en el mercado de políticas regulatorias al que conduce, así como de cómo se comportarían en ese caso los modelos de regulación alternativos<sup>289</sup>.

Sea como fuere, el Derecho de la Unión Europea ha partido tradicionalmente de la consideración de que el efecto de reducción del nivel de protección de ciertos intereses públicos, especialmente de aquellos cuya tutela quedó en manos de los Estados miembros a resultas del inicial reparto competencial, puede llegar a producirse efectivamente. Precisamente por ese motivo el Derecho europeo suele limitar el alcance del principio de reconocimiento mutuo allí donde las consecuencias previsibles de ese fenómeno aparenten ser más gravosas. Así, por ejemplo, el juego de la competencia entre reglas se condiciona considerablemente en el ámbito de la seguridad de los productos o de la protección de los consumidores a través de políticas de armonización centralizada. De igual modo, el principio de reconocimiento mutuo directamente no se aplica a las condiciones laborales de los trabajadores desplazados por la empresa en el ejercicio de la libertad de establecimiento.

Lo anterior permite obtener dos conclusiones. La primera es que el funcionamiento de la regulación competitiva difícilmente puede valorarse en abstracto, esto es, sin tomar en consideración el objeto sobre el que se proyectan las políticas regulatorias adoptadas por los Estados miembros<sup>290</sup>. La segunda es que, en la medida en que en el Derecho de la Unión Europea el principio de reconocimiento mutuo opera siempre modulado por los otros dos modelos de regulación<sup>291</sup>, la evaluación de su comportamiento en un mercado o sector de actividad determinados debe tener en cuenta esta circunstancia<sup>292</sup>. Acaso esta consideración explique la dificultad de obtener conclusiones empíricas consistentes. En definitiva, si en un ámbito determinado se ha mantenido el nivel de protección de un interés público habrá que dilucidar si ello es porque el reconocimiento mutuo no ha tenido ese efecto o si, aunque pueda haberlo tenido, se ha visto compensado por normas de armonización o en virtud de sus excepciones. Así mismo, el efecto puede ser debido a otros factores, puesto que la competencia no se produce exclusivamente entre las

<sup>286</sup> MURPHY (2004: 5 ss., 115 ss.).

<sup>287</sup> RADAELLI (2004) y MURPHY (2004) con numerosas referencias.

<sup>288</sup> MURPHY (2004: 11 ss.).

<sup>289</sup> MADURO (2007: 817).

<sup>290</sup> REICH (1992: 868).

<sup>291</sup> SCHMIDT (2007: 676); NIKOLAÏDIS (2007: 685 s.).

<sup>292</sup> BARNARD y DEAKIN (2002: 204).



concretas reglas que formalizan políticas regulatorias y a las que supuestamente reaccionan los sujetos que intervienen en el mercado, sino entre los enteros sistemas jurídicos e institucionales de los Estados miembros<sup>293</sup>.

Aproximarse al segundo problema indicado, relativo a la legitimidad de las políticas regulatorias, requiere tomar en consideración cómo y quién va producirlas en los diferentes modelos. El tránsito desde el de regulación descentralizada al de regulación competitiva supone sustraer al Estado de destino el poder regulatorio, esto es, el poder para determinar el contenido de la regulación aplicable en el territorio, para atribuírselo a los sujetos que intervienen en el sector sobre el que se proyecta la regulación y, entre ellos, en particular, a aquellos que tienen una mayor capacidad de influir en el comportamiento del mercado de políticas regulatorias. No se trata simplemente de que los poderes públicos se retiren de la regulación de un mercado de bienes o servicios determinado y el espacio que estos dejan libre pase a ser ocupado por los sujetos que operan en él. Si así fuera el problema no sería diferente al que puede plantear cualquier política de desregulación sectorial. La diferencia radica en que los demandantes de políticas regulatorias deciden aquí, con su comportamiento, el contenido de aquella que va a ser aplicada por unas autoridades públicas que no la han adoptado. Y esto plantea una legítima preocupación desde el punto de vista de la democracia. Un problema que no se puede resolver con el argumento de que las exigencias de legitimidad que resultan del principio democrático sólo se proyectan sobre la actuación de los poderes públicos, ni tampoco con la consideración abstracta de que la competencia es en sí misma un procedimiento democrático<sup>294</sup>.

El reconocimiento mutuo no es sólo una regla para la determinación del Derecho aplicable: es también un mecanismo de producción normativa o, si se prefiere, una modalidad de gobernanza<sup>295</sup>. En la medida en que la determinación del contenido de la regulación que aplicarán los Estados miembros afecte a los intereses públicos será preciso interrogarse acerca del nivel de legitimidad de la estructura que realiza la operación, es decir, del mercado de políticas regulatorias. Y a tal efecto probablemente sea útil acudir a la doctrina acerca de la legitimidad de las estructuras de autorregulación regulada, en cuya virtud el principio democrático vendría a exigir, una vez más tendencialmente, que todos los intereses privados relevantes afectados tengan posibilidades de participar en la determinación del resultado y gocen de posibilidades equitativas de imponerse frente al resto<sup>296</sup>. La estructura del mercado de normas al que da lugar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo sería el objeto sobre el que proyectar estos criterios para, con ello, obtener conclusiones acerca del concreto nivel de legitimidad de la regulación competitiva. Por otro lado, al igual que vimos a propósito de la regulación centralizada, el grado de exigencia del principio no permanece inalterado en todo caso, sino que depende de las características del mercado de bienes o servicios y, en general, del sector de cuya regulación se trata. La valoración acerca de la legitimidad de la regulación competitiva sólo puede obtenerse mediante la comparación entre el comportamiento de estas dos variables –el nivel de legitimidad efectivo y el nivel de legitimidad exigible– en el concreto mercado sobre el que se proyecta el principio de reconocimiento mutuo.

<sup>293</sup> RADAELLI (2004: 15 ss.).

<sup>294</sup> BALLBÉ y PADRÓS (1997: 15 ss., 64 ss.).

<sup>295</sup> MADURO (2007: 815 s.); SCHMIDT (2007: 671 ss.); PETERS (2014: 53 s.).

<sup>296</sup> SCHMIDT-ASSMANN (2001).



### 3. LA SELECCIÓN DEL MODELO

#### 3.1. Estructura

La reflexión acerca de la selección estratégica del modelo de regulación debe partir de dos consideraciones. En primer lugar, esta operación, lejos de corresponder a un único sujeto, suele hacerlo conjuntamente a diversas instituciones pertenecientes, a su vez, a los diferentes niveles territoriales que integran el sistema político de la Unión Europea. En segundo lugar, la realizada en las secciones anteriores es una aproximación abstracta a los modelos de regulación en el Derecho del mercado interior europeo. Sin embargo, en el mundo real la selección del modelo no tiene lugar en ese plano, sino en el más concreto de la organización de la producción normativa respecto de un determinado mercado de bienes o servicios. Es a la hora de configurar el modo en que debe quedar regulada una determinada actividad económica cuando las instituciones que gozan de competencias al efecto proceden a elegir el modelo de regulación. En tercer lugar, los modelos estudiados son tipos ideales que, en cuanto tales, no se materializan sino sometidos a limitaciones más o menos intensas y a una pluralidad de combinaciones recíprocas.

Todo ello conduce a que la selección del modelo de regulación de un determinado mercado opere verdaderamente como un proceso que se concreta en la adopción sucesiva de diversas decisiones. La primera de ellas, que corresponde a las Instituciones de la Unión que participan en los procedimientos normativos –y, por lo tanto, a través del Consejo también a los Estados miembros–, es la de si la actividad controvertida debe o no quedar sujeta a regulación centralizada. La respuesta a este interrogante está condicionada por la concreta distribución de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros operada por los Tratados, así como por consideraciones de pura oportunidad política, puesto que en el ámbito del mercado interior las Instituciones pueden decidir no ejercer, total o parcialmente, las competencias regulatorias que tienen en su caso atribuidas. De igual modo, en esta primera decisión también se encuentran comprendidas la relativa al tipo normativo y al origen de la regulación centralizada, normalmente condicionadas por la base jurídica correspondiente, así como la del contenido y alcance de las normas correspondientes, de la que, quizás en menor medida, puede decirse lo mismo.

La siguiente decisión en el proceso de selección del modelo de regulación, que según los casos puede corresponder al Tribunal de Justicia, a las Instituciones de la Unión con competencias normativas o a todos los anteriores conjuntamente, se refiere al modo en que debe quedar configurado el espacio correspondiente a los Estados miembros. Ese espacio puede ser el sector de actividad en su conjunto, si es que no se han llegado a dictar instrumentos de Derecho secundario, o bien la parte de la materia sobre la que no se proyecta la regulación centralizada, si es que éstos no han llegado a agotar la regulación sectorial. Esta segunda fase se descompone realmente en dos decisiones lógicamente diferenciables. La primera es la de si, en relación con el asunto de que se trate, los Estados miembros deben gozar de libertad a la hora de formular sus propias políticas regulatorias o si deben estar sometidos a algún tipo de limitación procedente del Derecho de la Unión con la finalidad de garantizar un cierto grado de integración. La segunda alude a si, en este segundo caso, es suficiente con la prohibición de que los Estados miembros adopten medidas discriminatorias o si, por el contrario, es preciso que no puedan tampoco adoptar medidas restrictivas para el ejercicio de las libertades de circulación, de tal manera que la

actuación de las autoridades del Estado de destino quedaría sujeta al principio de reconocimiento mutuo.

La última decisión tiene por objeto la configuración normativa o jurisprudencial, según los casos, del contenido normativo del principio de reconocimiento mutuo en caso de que se haya optado por no sujetar la actuación de los Estados miembros al juego exclusivo del principio de no discriminación. Como en los casos anteriores, son varias las cuestiones que deben quedar cerradas. La primera, muy relevante, es la de la mayor o menor extensión del ámbito de aplicación de la prohibición de medidas restrictivas y, con ella, del principio de reconocimiento y el modelo de regulación competitiva frente al de regulación descentralizada. La segunda, lógicamente posterior, es la de si, allí donde se aplique, las libertades de circulación o las normas sectoriales de Derecho secundario permiten o no excepciones al principio de reconocimiento mutuo y, en su caso, la de cuál es su extensión. Tal y como se ha comprobado en anteriores Capítulos de esta obra colectiva, ello remite a la admisión de un catálogo más o menos amplio de intereses públicos capaces de desactivar la obligación del Estado de destino de inaplicar sus propias normas no discriminatorias a los productos, servicios, personas o capitales procedentes de otros Estados miembros, así como a la configuración normativa o jurisprudencial del control de proporcionalidad de acuerdo con grados diversos de intensidad. La tercera, en fin, es la de la configuración de la dimensión procedimental del principio de reconocimiento mutuo y de las técnicas de cooperación interadministrativa, que como se ha comprobado es particularmente relevante desde el punto de vista de su efectividad y que puede corresponder tanto al Tribunal de Justicia como a las Instituciones que participan en el procedimiento de producción normativa.

En conclusión, la selección estratégica del modelo de regulación (i) no se concreta en una única decisión, sino en un proceso decisorio que se puede descomponer y estudiar analíticamente; (ii) no conduce normalmente a la elección de un modelo frente al resto, sino a una específica combinación de los modelos de regulación que hemos analizado; y (iii) debe desarrollarse tomando en consideración simultáneamente las características del sector de que se trate y los intereses públicos en cada caso relevantes, de un lado, y las fortalezas y debilidades respectivas de cada modelo, de otra parte.

### 3.2. Estrategias

El análisis del proceso de selección del modelo de regulación ha permitido a la doctrina académica aislar diversas estrategias, de entre las cuales dos de ellas merecen ser destacadas. La primera es la que resulta de la teoría del federalismo competitivo. En su formulación original, la competencia entre autoridades reguladoras conduciría a la producción de políticas eficientes y niveles óptimos de intervención pública<sup>297</sup>. El federalismo competitivo otorga por ello un amplio protagonismo a los niveles inferiores de gobierno y limita la intervención del nivel central a la corrección de dos tipos de fallos del mercado de políticas regulatorias<sup>298</sup>. Por un lado, en la medida en que en el mundo real las personas y los factores de producción carecen del grado de movilidad que asume el modelo teórico<sup>299</sup>, el principal cometido de las autoridades superiores es proteger las

<sup>297</sup> BARNARD (2010: 26).

<sup>298</sup> DEAKIN (2006: 441 ss.).

<sup>299</sup> PETERS (2014: 49 ss.), con referencias.

libertades de circulación y garantizar la efectividad de su ejercicio<sup>300</sup>. La doctrina jurisprudencial que ha ido extendiendo el principio de reconocimiento mutuo mediante una interpretación crecientemente expansiva del ámbito de aplicación de la prohibición que resulta de las libertades de circulación (*Cassis de Dijon*, *Säger*, *Gebhard*, etc.), o la tipificación normativa de restricciones discriminatorias o desproporcionadas a la libre prestación de servicios (art. 16.2 de la Directiva de servicios) son ejemplos de este tipo de intervención al servicio de la competencia en el mercado de políticas regulatorias. Por otro lado, la teoría del federalismo competitivo admite, con mayor o menor amplitud, la intervención del nivel superior mediante normas de regulación centralizada en caso de externalidades y otros fallos del mercado de políticas regulatorias<sup>301</sup>. En Capítulos anteriores de esta obra se ha comprobado que, en sectores de actividad muy heterogéneos, las Instituciones de la Unión han adoptado instrumentos de Derecho secundario que incorporan medidas de protección de intereses públicos. La estrategia de armonización de mínimos en materia de seguridad de los productos, por ejemplo, ilustra cómo la regulación centralizada puede servir para corregir la tendencia a la reducción de los niveles de protección de intereses públicos.

El tipo de regulación centralizada con la que se corrigen los fallos del mercado en el modelo de regulación competitiva ha permitido a la doctrina académica señalar una diferencia entre el federalismo competitivo característico de los Estados Unidos de América y la estrategia seguida por la Unión Europea. El primero descansa sobre dos elementos: de un lado, el sistema otorga un peso considerable a la integración competitiva, lo cual conduce a la convergencia entre los sistemas regulatorios de los Estados y, con ello, a la reducción de los niveles de pluralismo; y, de otro, las crisis regulatorias asociadas a externalidades y otros fallos del mercado se han resuelto mediante normas federales que, en virtud de la doctrina de la *preemption*, desplazan a las normas de los Estados en la materia sobre la que se proyectan, eliminando por completo la competencia regulatoria<sup>302</sup>.

Frente a esta versión del federalismo competitivo, la Unión Europea ha tendido a seguir otra estrategia que se ha dado en llamar armonización reflexiva<sup>303</sup>. El punto de partida es la consideración de la competencia regulatoria no sólo como mecanismo para la producción de resultados óptimos, sino también como un proceso de descubrimiento y experimentación cuya eficacia depende de la existencia del patrimonio de innovación asociado al pluralismo regulatorio. Y la consecuencia es la moderación, por dos vías simultáneas, de los instrumentos que conducen tendencialmente a su expolio. Por una parte, en la medida de lo técnica y políticamente viable la regulación centralizada procura la armonización parcial y de mínimos para no agotar por completo el espacio sobre el que se proyectan la autoridad de los Estados miembros. Y, por otra parte, en algunos casos el funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo (regulación competitiva) no sólo se modera a través de la armonización, sino también mediante la reducción del alcance de las libertades de circulación a la prohibición de la discriminación (regulación descentralizada). Por estas dos vías, la intervención de la Unión termina siendo un presupuesto de la estabilidad y el mantenimiento de los procesos de experimentación, innovación y competencia entre las políticas regulatorias de los Estados miembros.

<sup>300</sup> BARNARD y DEAKIN (2002: 201 s.); BARNARD (2010: 26).

<sup>301</sup> DEAKIN (2006: 443).

<sup>302</sup> DEAKIN (2006: 452).

<sup>303</sup> DEAKIN (1999 231 ss.); BARNARD y DEAKIN (2002: 218 ss.); DEAKIN (2006: 444, 452).

A pesar de que esta descripción del modelo de armonización reflexiva se adapta a la experiencia de la regulación europea en algunos sectores y épocas, durante los últimos años se han producido fenómenos de sentido opuesto en las dos vías señaladas. En cuanto a la primera, la respuesta a la crisis económica y financiera ha dado lugar en algunos sectores particularmente expuestos, como los servicios financieros<sup>304</sup>, a la producción de normas de armonización más densas y a la instrumentación de las autoridades nacionales al servicio de políticas de supervisión europeas. En estos casos, el alcance de los modelos de regulación descentralizada y competitiva se ha reducido considerablemente a favor de la regulación centralizada. En cuanto a la segunda, la Directiva de servicios adopta una decisión hasta ese momento inédita: extender el alcance del principio de reconocimiento mutuo mediante un instrumento de Derecho secundario de carácter transversal y, al mismo tiempo, renunciar a producir armonización sustantiva, siquiera sea de mínimos<sup>305</sup>. La reinterpretación de la Directiva de trabajadores desplazados por el Tribunal de Justicia contribuye a ambos procesos al mismo tiempo: reduce el espacio de autonomía de los Estados miembros densificando el contenido de la armonización, al tiempo que incrementa las posibilidades de competencia regulatoria entre los Estados miembros<sup>306</sup>. Durante los últimos años, el espacio otorgado a la regulación nacional se ve, por tanto, constreñido a la vez por la expansión de la regulación centralizada y por la intensificación de la integración competitiva. Está por ver el alcance y las consecuencias de la reducción de la diversidad regulatoria que se deriva de estos dos procesos.

---

<sup>304</sup> ARROYO JIMÉNEZ/UTRILLA FERNÁNEZ-BERMEJO, *supra* Capítulo 2, 3.2; ORTEGA BERNARDO, *supra*, Capítulo 4.

<sup>305</sup> ARROYO JIMÉNEZ/UTRILLA FERNÁNEZ-BERMEJO, *supra* Capítulo 2, 3.3.

<sup>306</sup> ARROYO JIMÉNEZ/UTRILLA FERNÁNEZ-BERMEJO, *supra* Capítulo 2, 3.4; GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, *supra* Capítulo 3.

*The European Commission support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents which reflects the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.*