

DIRECTIVA *BOLKESTEIN* Y SERVICIOS SOCIALES¹.

JAVIER JUNCEDA
PROFESOR DE DERECHO ADMINISTRATIVO. ABOGADO
UIC BARCELONA

I. LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE CONTENIDO SOCIAL INCLUIDOS EN LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2006/123/CE.

La Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DOUE L núm. 376 de 27 de Diciembre de 2006, con vigencia desde el siguiente día, más conocida por Bolkestein, apellido del Comisario holandés del que partió la propuesta), proyecta su regulación sobre el ámbito de los servicios y su calidad en Europa, incluidos aquellos de prestación pública, pese a que su artículo 1, números 2 y 3, se cuida de especificar, un tanto voluntariosamente y acaso ocultando su verdadera intención, que no es su objeto tratar:

“la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios”, ni de la “abolición de monopolios prestadores de servicios ni las ayudas concedidas por los Estados miembros amparadas por normas comunitarias sobre competencia”.

En efecto, pese a que la Directiva no afecte, como señala su artículo 1, 3 segundo párrafo,

“a la libertad de los Estados miembros de definir, de conformidad con la legislación comunitaria, lo que consideran servicios de interés económico general, cómo deben organizarse y financiarse dichos servicios con arreglo a las normas sobre las ayudas públicas y a qué obligaciones específicas deben supeditarse”,

en el fondo sí lo hace, tal y como ha venido en reconocer determinada jurisprudencia comunitaria y nos ocuparemos a continuación.

Hemos de partir, en cualquier caso, del ámbito propio de los servicios no contemplados por esta norma en su artículo 2, que son algunos de los que constituyen el núcleo del mantenimiento del llamado *Estado de Bienestar* en muchas naciones europeas, España incluida. En concreto, dos:

“los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado”;

y

1 Estudio elaborado en el marco del proyecto de investigación de referencia DER2012-32241 y título “Modelos jurídico-organizativos de optimización de las prestaciones esenciales del Estado de bienestar”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

“los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado.

Los restantes servicios excluidos, igualmente pueden afectar al sostenimiento del *Estado Social*, pero los entrecomillados nos parecen los principales que guardan relación directa con nuestro interés.

Sobre la inaplicación de la Directiva a estos dos servicios que destacamos, la S.T.J.U.E., Sala Primera, de 11 Julio de 2013 (C-57/2012) ha venido a señalar que debe:

“interpretarse en el sentido de que la exclusión de los servicios sanitarios del ámbito de aplicación de dicha Directiva abarca toda actividad destinada a evaluar, mantener o restablecer el estado de salud de los pacientes, siempre que tal actividad sea ejercida por profesionales reconocidos como tales con arreglo a la legislación del Estado miembro de que se trate, e independientemente de la organización, la forma de financiación y la naturaleza pública o privada del establecimiento en el que se dispensen los cuidados”,

correspondiendo al juez nacional comprobar si los centros o establecimientos sanitarios están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades que en ellos realizan los profesionales de la salud y el hecho de que tales actividades constituyan una parte principal de los servicios ofrecidos por tales centros. De ello se deriva que, salvo aquellas cuestiones estrictamente ligadas a las actividades propiamente médicas o sanitarias, el resto de actividades llamémoslas de soporte, pueden caer conforme a la jurisprudencia comunitaria bajo el amparo de la Directiva, como sucede con los servicios que se prestan al propio personal sanitario o al hospital en su conjunto (servicios contables, de limpieza, de secretaría o administrativos, los suministros y mantenimiento de equipos médicos, servicios de investigación –salvo que desarrollen actividades destinadas a mantener, evaluar o recuperar al paciente-, las actividades concebidas para mejorar la calidad del vida de los enfermos –ocio, restauración, centros deportivos o gimnasios, bibliotecas o animación cultural-”. La exclusión de los servicios sanitarios solo abarca a aquellas actividades que ser reservan a los profesionales de la salud reguladas en cada Estado, por lo que los servicios que se presten sin que se requiera una cualificación profesional específica deberán ser sometidos a la Directiva. Al igual que sucede con los servicios veterinarios, al limitarse la norma a los propios de la salud humana, no animal.

Lo propio proclama la misma S.T.J.U.E. (Sala Primera) de 11 julio 2013, sobre el artículo 2.2.j), sobre los servicios sociales, en el sentido de que:

“debe interpretarse en el sentido de que la exclusión de los servicios sociales del ámbito de aplicación de dicha Directiva se extiende a toda actividad relativa, en particular, a la ayuda y a la asistencia a las personas de edad avanzada, siempre que la realice un prestador de servicios privado por man-

dato del Estado mediante un acto que atribuya de manera clara y transparente una verdadera obligación de prestar tales servicios cumpliendo determinados requisitos específicos de ejercicio”.

No se refiere la sentencia a más actividad social diferente a la del cuidado de ancianos, si bien dicha laguna entendemos que debe ser llenada por el considerando 27 de la Directiva, al incluir aquí a los ámbitos de la vivienda, atención a niños, apoyo a familias y personas necesitadas, calificados expresamente como:

“servicios esenciales para garantizar los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la integridad, y son una manifestación de los principios de cohesión social y de solidaridad, y no deben verse afectados por la presente Directiva”.

Los servicios sociales que se supeditan a la Directiva, pues, son aquellos mencionados expresamente en el artículo 2,2, j), en la medida en que sean prestados por los Estados o bien por agentes de este vía gestión indirecta o por medio de entidades de beneficencia reconocidas por los Estados (como las Iglesias o las ONGs). Una interpretación sistemática de este precepto y del citado Considerando 27, concluye que estos servicios no son excluidos si son prestados por otros por otros sujetos, como los agentes privados sin vínculo con un ente público. Así, se someten a la Directiva los servicios privados de atención a la infancia y asimilados –como campamentos de verano, por ejemplo-, o los servicios sociales de apoyo a colectivos vulnerables o discapacitados, de cuidado de ancianos o de protección a desempleados, que estarán excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva únicamente cuando sean prestados por los Estados y sus agentes.

En aplicación de estos criterios, la disposición final segunda del R.D. 109/2010, de 5 de febrero, por el que se modifican diversos reales decretos en materia sanitaria para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, hubo de perfilar el alcance regulatorio, en especial en las actividades sanitarias y farmacéuticas, permitiendo que la exclusión de los servicios de este carácter abarque a los servicios prestados por profesionales de la salud a sus pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud cuando estas actividades están reservadas a profesiones reguladas en el Estado miembro en que se presta el servicio.

II. LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA A LOS SERVICIOS SOCIALES.

La Directiva se aplica a todos los servicios de carácter sanitario o social no excluidos expresamente de su ámbito, en los términos atrás comentados. Con todo, por “servicio” y de las actividades que caen bajo tal nomenclatura no cabe entender cualquier cosa, sino que, con arreglo al propio Tratado de las Comunidades y la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión, debe enten-

derse en modo amplio, abarcando a toda actividad económica por cuenta propia que se realice a cambio de remuneración, tal y como recoge el artículo 50 del TUE. Así, para que una actividad constituya un “servicio”, ha de ser realizada por un prestador –sea persona física o jurídica–, al margen de un contrato de trabajo, como ha declarado también la S.T.J.U.E. de 12 de diciembre de 1974 (Asunto 36/1974). Además, ha de realizarse a cambio de retribución de naturaleza económica, condiciones que deben evaluarse en cada caso. Si una actividad es realizada por el Estado, por un órgano de este o por una entidad sin ánimo de lucro, no supone que deje de ser un servicio en los términos del TUE y en la propia Directiva, ya que así ha sido declarado por la S.T.J.U.E. de 11 de abril de 2000 (asuntos acumulados C-51/96 y C-191/97). Según la S.T.J.U.E. de 27 de septiembre de 1988 (asunto 263/96), la característica esencial de esta remuneración:

“reside en el hecho de que esta última constituye la contrapartida económica de la prestación que se discute”,

siendo intrascendente que dicha retribución sea abonada por el destinatario o por terceros (S.T.J.U.E. de 26 de abril de 1988 (asunto 352/1986), o de 13 de mayo de 2003 (C-385/1999), entre otras). En determinados servicios, como los educativos, el Tribunal de Justicia ha señalado que las matrículas sufragadas por los alumnos o sus padres para contribuir al sostenimiento del sistema de enseñanza, no constituyen una remuneración en los términos de la Directiva, en el caso de que el modelo e financie *“esencialmente a través de fondos o presupuestos públicos”* (S.T.J.U.E. de 7 de diciembre de 1993 (C-109/1992)).

Así las cosas, la Directiva obliga a los Estados a garantizar que sus disposiciones se apliquen a una amplia gama de servicios, ya se presten a empresas o a consumidores por la mayoría de las profesiones reguladas que guarden relación con las actividades de naturaleza social.

Siendo ello así, conforme al artículo 9 de la Directiva, los Estados solamente *“podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización”* cuando concurren determinadas condiciones, como el carácter no discriminatorio de ese régimen para un concreto prestador (por ejemplo, cuando se reserva a sujetos públicos en detrimento de privados, añadimos nosotros); cuando ese régimen autorizador esté justificado por razón imperiosa de interés nacional (es decir, debidamente motivada y razonada); o, en fin, cuando el objetivo perseguido no se pueda conseguir *“mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz”*, extremo este de compleja interpretación, toda vez que la Directiva pretende justamente eliminar trabas al mercado de servicios, y no lo contrario.

A mayores, las condiciones para el otorgamiento de las autorizaciones pasan porque no se establezcan de forma arbitraria, no sean discriminatorias, estén justificadas por imperiosas razones de interés general y proporcionadas a dicho objetivo, como especifica el artículo 10 de la Directiva, permitiendo a los prestadores ejercer los servicios en la totalidad del territorio nacional, direc-

tamente o mediante la creación de agencias, sucursales, filiales u oficinas, con carácter general. Esta idea se refuerza en los artículos 12 y 13 de la Directiva, al contemplar la selección entre solicitantes de autorizaciones cuando las circunstancias lo exijan y los procedimientos transparentes e imparciales.

Estas cuestiones han sido parcialmente transpuestas a derecho interno por medio de Ley vasca 7/2012, de 23 de abril, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior (B.O.P.V. 30 abril); Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (B.O.E. 2 marzo); R.D. 36/2010, de 15 de enero, por el que se modifica el R.D. 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, y se regula el estatuto concesional de la red de expendedurías de tabaco y timbre (B.O.E. 1 febrero); la citada Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (B.O.E. 23 diciembre); Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (B.O.E. 24 noviembre), y los artículos 6, 7 y 8 de la presente Directiva han sido transpuestos por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (B.O.E. 23 junio).

No obstante, ninguna de estas normas transpone que la exclusión a los servicios sanitarios recogida en el artículo 2, apartado 2, letra f) de la Directiva, abarca estrictamente a *“los servicios sanitarios y farmacéuticos prestados por profesionales de la salud a sus pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud cuando estas actividades están reservadas a profesiones reguladas en el Estado miembro en que se presta el servicio”*, lo que significa que deben estar supeditados a la Directiva de Servicios los que no se prestan a un paciente, sino al propio profesional sanitario o a un hospital, como los antes señalados servicios contables, de limpieza, de secretaría o administrativos, el suministro y mantenimiento de equipos médicos y los servicios de los centros de investigación médica, así como aquellas actividades no destinadas a mantener, evaluar o recuperar el estado de salud de los pacientes (las previstas para mejorar el bienestar o procurar relajación, como las que se realizan en centros deportivos o gimnasios), que quedan reguladas en la Directiva y tendrán que ser necesariamente consideradas en las medidas de transposición o bien ser en su caso aplicadas directamente por mor del efecto directo de las Directivas. La exclusión de los servicios sanitarios, pues, solamente se limita a las actividades que se reservan a las profesiones de salud reguladas en el Estado miembro en el que se presten. Por consiguiente, los servicios que se presten sin que se requiera una cualificación profesional específica habrán de ser objeto de las medidas de transposición.

Tampoco se ha transpuesto en todos sus extremos lo tocante a los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a

familias y personas temporal o permanentemente necesitadas. Estos servicios sociales, consignados en el artículo 2, apartado 2, letra j) de la Directiva, se excluyen en la medida en que sean prestados por el Estado, por prestadores encargados por éste o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado (iglesias y organizaciones que atiendan fines benéficos). Teniendo en cuenta el texto de la exclusión y la justificaciones del considerando 27 y la jurisprudencia del T.J.U.E. recaída en esta materia, tales servicios no se excluyen si son prestados por otros tipos de prestadores, como sucede con los operadores privados que actúen sin mandato del Estado. Así, no están excluidos los servicios de atención a la infancia y los demás servicios específicos a cargo de cuidadores u operadores privados. Del mismo modo, los servicios sociales relativos al apoyo familiar y personas necesitadas debido a la insuficiencia de sus ingresos familiares o a la falta parcial de independencia, así como los prestados a las que corren el riesgo de marginación, los servicios de cuidado de personas de edad avanzada o los prestados a desempleados, que se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva únicamente en la medida en que sean prestados por cualquiera de los prestadores antes mencionados (es decir, el Estado, los prestadores encargados por éste o las asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado). Así, por ejemplo, los servicios domésticos privados no se excluyen de la Directiva y han de ser objeto de las medidas de transposición, sin que consten las mismas.

Indudablemente, la plena recepción de la Directiva de servicios en estos ámbitos no excluidos, siempre salvaguardando el alto nivel de calidad previsto en la propia Directiva, tan importante en estas materias, puede y debe permitir el sostenimiento de dos de los principales cimientos del Estado del Bienestar en Europa, la sanidad y los servicios sociales, facultando al mismo tiempo la generación de empleo y oportunidades en el marco de la Unión.