

El museo como servicio de interés general no económico

Ramón MACIÁ BOBES

Abogado

Diario La Ley, Nº 8060, Sección Doctrina, 11 Abr. 2013, Año XXXIV, Ref. D-135, Editorial LA LEY

LA LEY 1785/2013

En este artículo, tras examinar la jurisprudencia del TJUE, se llega a la conclusión que el Museo desempeña una actividad prestacional que puede conceptuarse como de servicio de interés general no económico. Esta última categoría se encontraría englobada dentro del concepto servicio de interés general que resulta ser más amplio que el tradicional de servicio público.

Disposiciones comentadas
L 17/2009 de 23 Nov. (libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio)

I. EL MUSEO COMO SERVICIO DE INTERÉS GENERAL. DIFERENTES CONCEPCIONES DE «SERVICIO PÚBLICO»

El art. 149.2 CE tras señalar la competencia autonómica en materia de cultura, especifica que el Estado concurre en el título competencial de la cultura y considera ésta como un servicio entendido como deber y atribución esencial (art. 149.2 CE «Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial...»).

Señala Antonio DESCALZO (1) que los museos prestan un servicio cultural. En la medida en que la prestación del servicio se efectúa por las Administraciones constituye un servicio público. Sin embargo la actividad de los museos es una actividad de interés general que puede realizarse no sólo por las Administraciones sino también por particulares. Por ello el régimen jurídico de los museos no tiene en cuenta la titularidad del museo sino el efectivo cumplimiento de los fines que tiene asignados. Ello da pie a este autor pueda hablar, más que de servicio público, de un servicio abierto al público en la medida de que puede ser prestado por el sector privado.

Desde un punto de vista legislativo la calificación de servicio público está fuera de duda. El art. 85 Ley de bases de Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril) señala en su apartado 1 que «son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias» y el art. 25 del mismo cuerpo legal señala en su apartado 2 que «el municipio ejercerá competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas» en materia de

«patrimonio histórico artístico» [apartado e)] y en las «actividades e instalaciones culturales y deportivas».

El concepto de servicio público, sin embargo, no es unívoco. Su delimitación no está clara ni en la legislación ni en la doctrina. Por ello nos vemos obligados a exponer sus diferentes conceptualizaciones para después desechar las que no se ajustan a la definición que de servicio público debe de mantenerse en la actualidad.

Un concepto amplio de servicio público es aquel que lo identifica con cualquier actividad administrativa. El origen de esta conceptualización se sitúa en la doctrina francesa, en la llamada Escuela del Servicio Público.

Frente a esta concepción amplia está una concepción restringida u objetiva que considera el servicio público como aquel cuya titularidad corresponde a una Administración y responde a una finalidad prestacional. Pero el hecho de que la titularidad corresponda a una Administración no es óbice para que la gestión pueda ser encomendada a un particular a través de un título habilitante.

Existe una tercera postura (tesis subjetiva) que mantiene que por servicio público debe de entenderse toda actividad esencial para la sociedad que ha sido reservada por ley a la exclusiva titularidad pública. En este sentido el sector público puede asumir en exclusiva (excluye toda posible intervención del sector privado) un servicio esencial cuando exista un interés general que lo justifique. A esa concepción responde el art. 128.2 CE. Es necesario que la reserva se efectúe mediante ley (*publicatio*), que se trate de servicios esenciales y que exista un interés general que motive esa intervención pública.

Según HERREROS LÓPEZ (2) la concepción de servicio público en sentido objetivo (se caracterizaría no ya por la reserva exclusiva al Estado sino por la necesidad de asegurar el cumplimiento de determinadas prestaciones dentro de la competencia propia del mercado) se ha ido imponiendo en nuestro ordenamiento a través del concepto servicio de interés general tomándolo, este último, del derecho comunitario que hablaba de servicios de interés económico general ya en el Tratado de Roma de 1957 en el art. 90 párrafo 2 (actual art. 106 del TFUE).

La liberalización ha llevado a que servicios esenciales considerados como servicios públicos sean prestados por la empresa privada ya que resulta indiferente quién sea el titular del servicio o quién lo gestione. Lo esencial es que exista por parte de la autoridad una determinación del interés general que el servicio tiene, lo que lleva al sometimiento de obligaciones de servicio público y en ocasiones a excepcionar la aplicación de las reglas de competencia para posibilitar el cumplimiento de la misión de interés general asignada. En este sentido el apartado 2.2 del Libro Blanco de 2004 de la UE es revelador: «aun cuando la prestación de servicios de interés general puede gestionarse en concertación con el sector privado o encomendarse a empresas públicas o privadas, la definición de lo que constituyen obligaciones o misiones de servicio público sigue compitiendo a las autoridades públicas al nivel que corresponda».

En el Libro Blanco de 2004 se consigna como principio el alcanzar objetivos de servicio público dentro del marco de mercados abiertos y competitivos al ser compatible la existencia de un mercado interior competitivo y abierto con el desarrollo de servicios de interés general accesibles, asequibles y de calidad. En conclusión se hace compatible la libertad de empresa dentro de la economía de mercado con el servicio público, lo que posibilita la gestión de éste tanto por el sector privado como por el público a la par que resulta necesario introducir una serie de limitaciones y prohibiciones por las autoridades públicas para encauzar los servicios públicos evitando distorsiones que puedan surgir por la gestión privada.

La Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general (incluidos los sociales) de 20 de noviembre de 2007 considera que esos servicios abarcan una amplia gama de actividades. Entiende que los servicios de interés general son servicios esenciales para la vida cotidiana de los ciudadanos y aseguran la cohesión social, económica y territorial en toda la Unión Europea.

No existen servicios de interés general por naturaleza o esencia sino que para su delimitación se deja amplia discrecionalidad a los Estados ya que razones de tradición, geográficas, técnicas, económicas, etc., pueden influir en la concreción que cada Estado efectúe.

Vemos, pues, que en el ámbito de la Unión Europea y en nuestro derecho por la transposición de la Directiva de servicios se sustituye la noción de servicio público por otra más amplia de servicios de interés general.

II. LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL: SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL Y SERVICIOS NO ECONÓMICOS

La comunicación de 2007 define los servicios generales como servicios, tanto económicos como no económicos, que los poderes públicos clasifican de interés general y sujetan a obligaciones específicas de servicio público (3) .

Según la Comunicación de la Comisión de 20 de noviembre de 2007, se pueden distinguir dos grupos de servicios de interés general tomando como criterio de delimitación de cada grupo el sometimiento o no a las normas de la UE; estos son los servicios de interés económico general y los servicios no económicos.

Servicios de **interés económico general** en que la prestación y organización de estos servicios se somete a las normas del Tratado CE sobre mercado interior y competencia. Por ello si no se ejerce una actividad económica no se aplica el derecho de competencia.

Se han excluido del ámbito de aplicación del derecho de la competencia misiones de interés general en que la actividad implica el ejercicio de prerrogativas del poder público por considerar que figuran entre las funciones esenciales del Estado (se estarían ejercitando prerrogativas del poder público que no tienen un carácter económico y que tienen como consecuencia que la entidad que actúa

investida de la autoridad pública no queda sometida a las normas sobre la competencia del Tratado). La prueba de que una actividad forma parte de las misiones de interés general puede proporcionárnosla su inclusión dentro de los principios constitucionales del Estado (apartado 22 sentencia *Diego Calí y Figli*; asunto C-343/95 en la que se habla de misión de interés general que forma parte de las funciones esenciales del Estado).

Los **servicios no económicos** no se someten a leyes concretas de la UE ni están cubiertos por las normas del Tratado sobre mercado interior y competencia.

El art. 2 del Protocolo núm. 26 sobre los servicios de interés general, anejo al Tratado de Lisboa considera que «las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico».

La sujeción de una entidad al derecho comunitario de la competencia depende de su consideración como empresa. El Tratado de la Unión Europea no define qué debe de entenderse por empresa. La jurisprudencia comunitaria para delimitar el concepto empresa sigue un criterio funcional. Considera que cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación constituye una empresa. Para concretar si una actividad es económica o no habrá que estar a la naturaleza de la actividad que desarrolla guiándose el Tribunal para realizar la delimitación por criterios relacionados con las condiciones de funcionamiento del servicio.

El criterio funcional parte del criterio comparativo cuya formulación, a su vez, arranca de la sentencia *Höfner y Elser* (considera una actividad como económica porque la misma no siempre ha sido ejercida por entes públicos). El criterio comparativo es fácilmente criticable desde el momento en que la iniciativa privada puede llegar a ejercer cualquier actividad y por ello ninguna actividad quedaría sustraída del sometimiento a las normas de la competencia.

La jurisprudencia comunitaria para soslayar estas críticas considera que el criterio comparativo debe de complementarse con el criterio de participación en el mercado. El tribunal equipara la participación en el mercado con el carácter económico de la actividad ejercida. Así en las sentencias *Pavlov* (C-180/98) y *Ambulanz Glöckner* dice: «constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado». Lo decisivo no es que pueda ser ejercitada por operadores privados sino que se ejerza en condiciones de mercado. Las condiciones de mercado se caracterizan por un comportamiento que persigue fines de capitalización en vez de regirse por principios de solidaridad.

En la Comunicación de 2007 se señala que para que un servicio sea considerado actividad económica la característica esencial es que tiene que prestarse a cambio de una remuneración. El TJCE en sentencia de 20 de marzo de 1985 Asunto 41/1983 *República Italiana/Comisión* señaló que se considera actividad económica toda actividad, incluso sin fines lucrativos, que participe en los intercambios económicos.

A su vez la categoría jurídica de los servicios no económicos de interés general fue introducida por el art. 2 Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior. En el art. 2 se prevé la exclusión de su campo de aplicación.

La terminología empleada no es uniforme. Unas veces se habla de servicios no económicos (Comunicación de 2007). Otras de Servicios de interés General de naturaleza no económica (Libro Blanco de los Servicios de Interés General de 2004). En ocasiones se habla de servicios de interés no económico general o de servicios no económicos de interés general.

Hay actividades de iniciativa privada en las que concurre un interés general que sirve de base para proceder a su regulación administrativa. Son servicios de interés general.

La cuestión de saber si un servicio considerado como de interés general por un Estado miembro es de naturaleza económica o no debe ser apreciado a la luz de la jurisprudencia de la Corte de Justicia, es decir caso por caso.

El tribunal de justicia, tal como dijimos, sigue un criterio funcional para delimitar la actividad económica de la no económica con el problema añadido de que una misma entidad puede dedicarse tanto a actividades económicas como no económicas. En todo caso para que un servicio determinado sea considerado actividad económica será indispensable que se preste a cambio de una remuneración aunque no necesariamente tienen que pagar el servicio las personas que lo utilizan (sentencia de 12 de julio de 2001 en el Asunto C- 157/99 apartado 57 relativo al reintegro de gastos hospitalarios).

En el Protocolo núm. 26 anexo al Tratado de Lisboa se reconoce la expresión servicios no económicos de interés general pero no se da una definición de ellos. De lo señalado anteriormente se puede concluir que los servicios no económicos de interés general forma parte de los Servicios de Interés general y no se encuentran sometidos a la competencia comunitaria.

En el Libro verde de 2003 sobre los servicios de interés general (SIG) la Comisión señala que los términos SIG y servicios de interés económico general no deben ser confundidos con la expresión servicio público.

En el Protocolo núm. 26 las partes contratantes determinan disposiciones interpretativas respecto de los servicios de interés general. En este sentido señala en su art. 1 que para los servicios de interés económico general las autoridades nacionales, regionales y locales gozan de amplia discrecionalidad para prestarlos, encargarlos y organizarlos; la disparidad de necesidades de los diferentes usuarios, determinado por su ámbito geográfico, situación cultural y social determina la diversidad de los servicios de interés económico general que en todo caso deberán prestarse con un alto nivel de calidad, igualdad de trato y facilidad de acceso.

El protocolo se basa en una serie de principios (4) que podemos concretar en la discrecionalidad para concretar lo que consideran servicios de interés económico general. En este sentido la acción de la UE debe de respetar los principios de proporcionalidad y subsidiariedad; el principio de diversidad de servicios y de necesidades; la necesidad de favorecer el desarrollo de servicios de interés económico general de calidad, seguros y asequibles; asegurar la igualdad de trato y promover el acceso universal; avalar los derechos de los usuarios lo que a menudo requiere la existencia de organismos reguladores independientes.

Por su parte el art. 2 se refiere a los servicios de interés general que no tengan carácter económico para destacar que las disposiciones de los Tratados no afectan a las competencias de los Estados miembros para prestarlos, encargarlos y organizarlos.

El Protocolo introduce la noción de servicio de interés general en el derecho primario de la UE.

III. JURISPRUDENCIA DEL TJUE RESPECTO DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL

La jurisprudencia comunitaria se refiere fundamentalmente a los servicios de interés económico general pero su delimitación permite, por exclusión, fijar los contornos de los servicios no económicos.

El art. 102 párrafo 1 TFUE establece que «Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo».

Este art. 102 TFUE regula los comportamientos contrarios al derecho de la competencia comunitario adoptados por las empresas por iniciativa propia y no derivados de medidas estatales, a las que le serán aplicables el art. 106 TFUE (apartado 20 del asunto C-18/88).

¿Qué debemos de entender por empresa? La Sentencia de 23 de abril de 1991, Asunto *Höfner* C-41/90, señaló que en el derecho de la competencia el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia de su estatuto jurídico y de su forma de financiación.

Pero qué debe entenderse por posición dominante. En el apartado 9.º de la sentencia del Tribunal de Justicia de fecha 19 de mayo de 1993 (Asunto *Corbeau* C-320/91) se dice que una empresa que disfruta de un monopolio legal en una parte sustancial del mercado común ocupa una posición dominante a efectos del art. 86 del Tratado (actual 102 TFUE). En el apartado 17 de la sentencia de 13-12-1991 del Tribunal de Justicia Asunto *RTT (Régie des télégraphes et des téléphones)* C-18/88 se señala que una empresa que disfruta de un monopolio legal puede considerarse que ocupa una posición dominante y el territorio del Estado al que se extiende el monopolio constituye una parte sustancial del mercado común.

En el apartado 11 del asunto *Corbeau* se señala que el hecho de que un Estado miembro cree una posición dominante mediante la concesión de derechos exclusivos no es incompatible con el art. 86 (art. 102 TFUE). Sí lo sería si con el establecimiento del monopolio legal no se puede satisfacer la demanda (Asunto *Höfner*; C-41/90).

De conformidad con el apartado 31 del Asunto *Job Centre* C-55/96 no se infringe las normas de competencia por el mero ejercicio del derecho exclusivo sino cuando explota su posición dominante de modo abusivo, lo que concuerda con la literalidad del art. 102 TFUE.

Sólo generará responsabilidad al Estado cuando el comportamiento abusivo pueda afectar al comercio entre los Estados miembros (aunque sólo sea potencial y no efectivo) según lo señalado en el apartado 32 del Asunto C-41/90 *Höfner y Elser*.

De conformidad con el apartado 18 en el Asunto 18/88 (RTT) constituye un abuso a efectos del art. 86 (actual 102 TFUE) el hecho de que una empresa que goza de posición dominante en un mercado, se reserve sin necesidad objetiva una actividad auxiliar que pudiera ser ejercida por tercera empresa en el marco de un mercado conexo eliminando con ello todo tipo de competencia.

El art. 106 TFUE (antiguo art. 90) señala en el párrafo primero la regla general: «Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados...». Por ello estas empresas están sujetas a las normas de competencia. Ello lleva a decir a algunos autores (Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ) que la aplicación automática de las normas de competencia ha dado al traste con la empresa pública como instrumento de política económica. Sin embargo creemos que la injerencia de la normativa comunitaria resulta tangencial y no invasiva ya que respeta de un lado las legislaciones nacionales (5) , exclusivamente somete a las normas de competencia los servicios económicos de interés general para no falsear los mercados y de otro permite excepcionar la aplicación de las normas de competencia cuando éstas impidan el cumplimiento de las misiones de servicio público a las empresas encargadas de la gestión, tal como señala el párrafo 2 del art. 106 TFUE: «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas... a las normas sobre competencia en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida... el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada».

En las Conclusiones al asunto C-393/92 (*Almeida*) se consigna que cabe no aplicar las normas sobre competencia, no sólo cuando éstas hacen imposible el cumplimiento de la misión de servicio de interés general confiada a la empresa sino cuando se ponga en peligro el equilibrio económico, de tal modo que el titular de unos derechos exclusivos puede explotar en exclusiva servicios rentables para compensar los resultados deficitarios de otro sector de su actividad.

Para reconocer que una empresa cumple un servicio económico de interés general será necesario la concurrencia de una serie de condiciones. Será necesario un acto expreso de la autoridad pública (asunto *Port Mertret* de 14 de julio de 1971). Es indispensable la determinación de la naturaleza del

interés a proteger. Se estudia que el impacto en el sector del mercado en el que actúe no sea distorsionante, ya que conforme al art. 106.2 en su párrafo final TFUE «el desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contrario al interés de la Unión». Es indispensable que las especificaciones técnicas de los productos o servicios sean establecidas por los organismos independientes de la empresa que gestiona los servicios tal como se pone de manifiesto en el asunto RTT de 13 de diciembre de 1991. Por último las reglas de la competencia deben hacer imposible el cumplimiento de la misión (no es suficiente que lo hagan difícil, complicado).

Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedan sujetas a las normas sobre competencia. En la medida en que las empresas se sujetan a esas normas se prohíben las ayudas públicas a las mismas ya que podrán llegar a afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros (art. 107 TFUE) y falsear con ello la competencia. Los Estados miembros disponen de amplias facultades discrecionales a la hora de decidir sobre la conveniencia y la manera de financiar la prestación de servicios de interés económico general, tal como señala el Libro Blanco de 2004. Sin embargo la discrecionalidad no es absoluta ya que se encuentra sujeta a determinados límites marcados, entre otros, por la imposibilidad de que a través de la financiación se falsee la competencia en el mercado común.

Es en el ámbito de la financiación y de la adjudicación de los contratos en donde la discrecionalidad de los Estados para definir y proyectar las funciones de los servicios de interés general guarda una estrecha relación con el derecho comunitario.

En la sentencia de 24 de julio de 2003 (asunto C-280/00 *Altmark Trans*) el Tribunal de Justicia aborda el tema de la financiación y define los requisitos del art. 92.1 del Tratado (actual art. 107.1 TFUE).

El apartado 75 del asunto C-280/00 señala en primer lugar que debe de tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar que dicha intervención debe de poder afectar a los intercambios entre los Estados miembros; en tercer lugar la financiación debe de conferir una ventaja a la empresa beneficiaria, y en cuarto lugar debe de falsear o amenazar falsear la competencia.

Si la intervención estatal es una compensación que constituye la contrapartida a las prestaciones realizadas por la empresa beneficiaria para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, de forma que ello no se traduce en una ventaja financiera que sitúe a la empresa en una posición competitiva más favorable respecto de las empresas competidoras, tal intervención no estaría sujeta a lo dispuesto en el art. 107.1 TFUE.

Para que una compensación no sea calificada de ayuda del Estado debe de cumplir unos requisitos:

- 1.- La empresa beneficiaria debe de estar encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben de estar claramente definidas.

2.- Los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse con carácter previo y de forma objetiva y transparente para evitar que la compensación confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto de las empresas competidoras. En este sentido se calificaría de ayuda del Estado la compensación de las pérdidas sufridas por una empresa sin que se hayan establecido previamente los parámetros de compensación cuando a posteriori se comprueba que la explotación de determinados servicios en el marco de la ejecución de obligaciones de servicio público no ha sido económicamente viable.

3.- La compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de esas obligaciones.

4.- Cuando la empresa encargada de la ejecución de las obligaciones de servicio público no se haya elegido por un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato que sea capaz de prestar el servicio al menor coste posible, los parámetros de compensación deben de calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media bien gestionada y adecuadamente equipada habría de soportar para ejecutar esas obligaciones teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable.

La intervención que no cumpla uno o varios de estos requisitos debe de considerarse ayuda estatal a los efectos del art. 107.1 TFUE.

La no concesión de ayudas públicas con carácter general presenta algunas excepciones recogidas en el apartado 2 del art. 107 TFUE.

En lo que a nosotros nos interesa el apartado 3 d) del art. 107 TFUE prevé la posibilidad de ayudas destinadas a promocionar la cultura y la conservación del patrimonio cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia.

IV. 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 Y SU TRANSPOSICIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL A TRAVÉS DE LA LEY 17/2009, DE 23 DE NOVIEMBRE Y LA LEY 25/2009, DE 22 DE DICIEMBRE

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio señala en su disp. final 2.^a que «mediante esta ley se incorpora parcialmente al derecho español 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.

El art. 2 Ley 17/2009 define su ámbito de aplicación y considera que se aplica a los servicios que se realizan a cambio de una contraprestación económica quedando exceptuados, entre otros, los servicios no económicos de interés general.

La Ley 17/2009 ha sido completada por la Ley Ómnibus de 22 de diciembre de 2009 de

modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

El TFUE parte de la libertad de establecimiento y de la libertad de prestación de servicios dentro de la comunidad.

El art. 49 TFUE dice que «... quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro».

Por su parte el art. 56 TFUE señala que «... quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación».

Se establece la distinción entre los prestadores de servicios que quieren establecerse en otro Estado miembro y los prestadores que desean prestar un servicio sin establecerse dentro de ese Estado.

La Directiva 2006/123/CE tiene como objetivos suprimir los obstáculos existentes para que la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios dentro de los Estados miembros de la Unión Europea sea una realidad. Su finalidad es pues la creación de un mercado interior de servicios.

El apartado 8.º delimita el ámbito de aplicación de la Directiva y lo restringe a los servicios sujetos a la libre competencia, «conviene que lo dispuesto en la presente Directiva sobre la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios se aplique siempre que las actividades de que se trate estén abiertas a la competencia y, por tanto, no se obligue a los Estados miembros ni a liberalizar servicios de interés económico general ni a privatizar entidades públicas que presten este tipo de servicios».

Asimismo el apartado 17 restringe los servicios sobre los que se aplica a aquellos que se realizan por una contraprestación económica. Este apartado dice que «los servicios de interés económico general son servicios que se realizan por una contraprestación económica, por lo que entran dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Sin embargo, determinados servicios de interés económico general... están excluidos...».

El apartado 34 se ocupa de fijar lo que entiende por contraprestación económica o remuneración ya que considera que «... la característica de la remuneración no se da en las actividades que realiza el Estado sin contrapartida económica, o en nombre del Estado en el marco de sus obligaciones en los ámbitos social, cultural educativo y judicial... que no constituyen una actividad económica. El pago de cuotas por parte de los destinatarios, por ejemplo, las tasas... para hacer una contribución a los gastos de funcionamiento de un sistema no constituye por sí mismo remuneración porque el servicio se sigue financiando fundamentalmente con fondos públicos. Estas actividades no responden, pues, a la definición de servicio del artículo 50 (actual art. 57) del Tratado y, por tanto, no entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva».

En el apartado 70 Directiva 2006/123/CE delimita los servicios sobre los que se aplica y así dice que «... los servicios solo pueden considerarse servicios de interés económico general si se prestan en ejecución de una tarea especial de interés público confiada al prestador por el Estado miembro en cuestión. Este encargo debe de hacerse por medio de uno o varios actos, cuya forma ha de determinar el Estado miembro de que se trate, y debe precisar la naturaleza concreta de la tarea especial».

El art. 2 Directiva 2006/123/CE señala el ámbito de aplicación indicando en su punto 2.º aquellas actividades sobre las que no se aplica. En su apartado a) señala que no se aplicará a los servicios no económicos de interés general.

Por su parte el art. 4 Directiva 2006/123/CE define el «Servicio» como cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración regulada en el art. 57 TFUE.

De acuerdo con este artículo cuarto para conceptuar a una actividad como servicio sería necesaria la concurrencia de tres requisitos: 1.- tratarse de una actividad económica; 2.- Prestarse a cambio de una remuneración; 3.- Ser realizada por cuenta propia.

En realidad los tres requisitos quedan reducidos a dos, el remuneratorio y el ser realizado por cuenta propia. Este segundo excluye de su ámbito de aplicación los servicios por cuenta ajena (debe de realizarse al margen de un contrato de trabajo). En cuanto a la refundición de los dos restantes requisitos viene señalada ya en la Comunicación de 2007 al decir que para que un servicio se considere actividad económica la característica esencial es que tenga que prestarse a cambio de una remuneración. Entiende José VIDA (6) que el hecho de que se requiera la existencia de una actividad económica tiene su indudable transcendencia ya que permite excluir del concepto «servicios» las prestaciones realizadas a título de liberalidad o aquellas otras en las que por decisión colectiva institucionalizada se asume el coste del servicio (servicios públicos gratuitos o servicios de interés general). Así ocurre respecto de los segundos cuando se prestan por el Estado en el marco de sus obligaciones en los ámbitos social o cultural.

El art. 57 TFUE define los servicios como las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración.

La jurisprudencia del TJCE señala que la característica esencial de la remuneración reside en el hecho de que constituya la contrapartida económica de la prestación recibida [apartado 17 de la sentencia del Tribunal de Justicia de fecha 27 de septiembre de 1988 en el Asunto C-263/86 *Estado belga/Humbel* (7)]. Asimismo en el apartado 18 señala que la remuneración no existe en el caso de los cursos impartidos en el marco del sistema educativo nacional. Al establecer y mantener tal sistema, el Estado no se propone realizar actividades remuneradas sino que cumple su misión para con la población en los ámbitos social, cultural y educativo. Por otra parte ese sistema se financia, por lo general, a través de los presupuestos públicos, y no por los alumnos y padres (en este sentido no podría calificarse de servicio en el sentido expresado en el art. 57 TFUE).

La jurisprudencia del TJCE en el ámbito del sistema educativo nacional es trasladable, *mutatis mutandi*, a los museos de titularidad pública porque a través de ellos se pretende que los ciudadanos tengan acceso a la cultura cumpliendo la misión que los poderes públicos tienen encomendada a este respecto (arts. 9.2 y 44.1 CE).

Refrenda la anterior conclusión el hecho de que la financiación de estas instituciones permanentes se realice, fundamentalmente, a través de las correspondientes asignaciones presupuestarias. Es decir cuando la finalidad perseguida es ofrecer un servicio a cambio de una remuneración estamos en presencia de un servicio en los términos del art. 57 TFUE. Si, como en los museos de titularidad pública, la normativa que regula la entrada (8) prevé la posibilidad de acceso gratuito en determinados horarios y días de la semana y tiene en cuenta la condición de las personas que van a acceder a las instalaciones (grupos culturales, grupos educativos, etc.) no parece que la finalidad de la prestación del servicio radique en la obtención de un lucro sino en posibilitar el acceso a la cultura a todos los ciudadanos sin que el precio de entrada pueda constituirse en un obstáculo insalvable.

Si dentro del concepto de servicios de interés general encontramos dos subespecies, los servicios económicos de interés general y los servicios no económicos de interés general es en esa segunda categoría donde deben encuadrarse la actividad prestacional desplegada por los museos de titularidad pública.

V.- BIBLIOGRAFÍA

- CASSAGNE, J. C. (1996): «El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía del mercado (Hacia una nueva concepción)», *R.A.P.*, núm. 140, mayo-agosto.
- DESCALZO, A. (2009): «Museos, archivos, libros y bibliotecas», en CANO, T., *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, Tomo VIII. Los sectores regulados, Vol. II. Iustel, Madrid, págs. 347-371.
- FERNÁNDEZ BARJAU, B. y MARTÍNEZ ALBALADEJO, T. (2010): «El proceso de transposición de la directiva de servicios en España: hacia una reforma estructural del sector servicios», en *Boletín Económico ICE*, núm. 2.990, pág. 5-14.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, M. y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, R. (2010): «La ley paraguas y el nuevo modelo de regulación económica», en *Boletín Económico ICE*, núm. 2.990, págs. 15-22.
- HERREROS LÓPEZ, J. M. (2003): «Las transformaciones del servicio público», en *Rev. Actualidad Administrativa*, núm. 39.
- MANGAS MARTÍN, A. (2012): *Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento y otros actos básicos de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid.

- MORENO TRAPIELLA, P. C. (1998): «Servicios de interés general y derecho de la competencia: análisis desde el derecho comunitario europeo y desde el derecho español (I)» en *Rev. Actualidad Administrativa*, núm. 14, págs. 217-269.
- (1998): «Servicios de interés general y derecho de la competencia: análisis desde el derecho comunitario europeo y desde el derecho español (II)» en *Rev. Actualidad Administrativa*, n.º 15, págs. 271-337.
- QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (2010), *La ordenación de las Actividades de Servicios: Comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, Ed. Aranzadi, Madrid.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2012): *Derecho Administrativo*. Parte General, Ed. Tecnos, Madrid, págs. 767-793.
- VIDA FERNÁNDEZ, J. (2010): «La transformación de los mercados de servicios en Europa: el alcance de su impacto sobre el ordenamiento jurídico», en *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 2, n.º 1, pág. 268-287.

(1) DESCALZO GONZÁLEZ, A., «Museos, archivos, libros y bibliotecas», en Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo. Tomo VIII .Vol. II.

[Ver Texto](#)

(2) HERREROS LÓPEZ, J. M., «Las transformaciones del servicio público», en *Rev. Actualidad Administrativa*, núm. 39 (2003).

[Ver Texto](#)

(3) La definición que de servicio de interés general proporciona la Comunicación de 2007 no difiere mucho de la efectuada en la Comunicación sobre Los Servicios de interés general en Europa (DOCE de 26 de septiembre de 1996). En la Comunicación de 1996 se dice que por servicios de interés general se designan las actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas por ello a obligaciones específicas del servicio público.

[Ver Texto](#)

(4) Los principios recogidos en el Protocolo 26 vienen a coincidir con los señalados en el Libro Blanco sobre los servicios de interés general de 2004 de la Comisión. El Libro Blanco presenta un mayor desarrollo de los principios que han de regir los servicios de interés general por ser una exposición de las conclusiones a las que se ha llegado en el debate abierto sobre los servicios de interés general, iniciado ya con el Libro Verde.

[Ver Texto](#)

- (5) El art. 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dice: «La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con los Tratados, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión».

[Ver Texto](#)

- (6) VIDA FERNÁNDEZ, J., «La transformación de los mercados de servicios en Europa: el alcance de su impacto sobre el ordenamiento jurídico», en Cuadernos de derecho transnacional, Vol. 2, núm. 1, 2010, págs. 268-287.

[Ver Texto](#)

- (7) A esa jurisprudencia se refiere el Manual de transposición de la Directiva de Servicios realizado por la Comisión.

[Ver Texto](#)

- (8) Para el Museo del Prado la Resolución de 8 de agosto de 2011 del Ministerio de Cultura.

[Ver Texto](#)
