

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. JÁN MAZÁK

presentadas el 18 de mayo de 2010¹

1. En el presente asunto el Tribunal de Justicia debe pronunciarse por primera vez sobre la interpretación de 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.²

2. La cuestión prejudicial planteada por el Conseil d'État (Francia) versa sobre la libertad de comunicación comercial de los miembros de profesiones reguladas —en el presente asunto, auditores de cuentas—, regida por el artículo 24 de la Directiva 2006/123. Dicha cuestión prejudicial está redactada en los siguientes términos:

«¿Ha pretendido la Directiva 2006/123 [...] eliminar la posibilidad, respecto de las profesiones reguladas a que se refiere, de toda prohibición general, con independencia de la forma de práctica comercial de que se trate, o deja, en cambio, a los Estados miembros la posibilidad de mantener prohibiciones generales para determinadas prácticas comerciales, como la captación directa de clientes (démarchage)?»

3. El órgano jurisdiccional remitente considera que la respuesta del Tribunal de Justicia a tal cuestión es necesaria para resolver el recurso interpuesto por la Société fiduciaire nationale d'expertise comptable (Sociedad Fiduciaria Nacional de Auditoría Contable; en lo sucesivo, «Société fiduciaire») con objeto de que se anule el Decreto n° 2007-1387, de 27 de septiembre de 2007, por el que se establece el código deontológico de los auditores de cuentas, en la medida en que prohíbe la captación directa de clientes. La violación de la Directiva 2006/123, en particular de su artículo 24, es uno de los motivos de anulación invocados por la Société fiduciaire³ ante el órgano jurisdiccional remitente.

4. Han presentado observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia la Société fiduciaire, los Gobiernos francés, chipriota y neerlandés, y la Comisión de las Comunidades Europeas. La vista se celebró el 23 de marzo de 2010, con asistencia de los representantes de la Société fiduciaire y de los agentes de los Gobiernos francés y neerlandés así como de la Comisión.

3 — La Société fiduciaire ha invocado también un motivo basado en la vulneración de la 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 (Directiva sobre el comercio electrónico) (DO L 178, p. 1). No obstante, la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia no se refiere a este aspecto del asunto. De la resolución de remisión se desprende que el juez *a quo* estima que la respuesta a este motivo no es independiente de la respuesta que dé el Tribunal de Justicia a la cuestión prejudicial.

1 — Lengua original: francés.

2 — DO L 376, p. 36.

5. Las respuestas que se han propuesto a esta cuestión prejudicial pueden clasificarse en dos grupos. El primero de ellos comprende las respuestas propuestas por la Société fiduciaire, el Gobierno neerlandés y la Comisión. Éstos proponen responder que el artículo 24, apartado 1, de la Directiva 2006/123 excluye, respecto de las profesiones reguladas a que se refiere, cualquier prohibición total de una forma de comunicación comercial y, por tanto, también una prohibición como la controvertida en el litigio principal, a saber, la prohibición de la captación directa de clientes.

6. El segundo grupo de propuestas de respuesta comprende las de los Gobiernos francés y chipriota. Según éstos, el citado precepto de la Directiva 2006/123 no se opone, en principio, a una normativa nacional que prohíbe la captación directa de clientes respecto de las profesiones reguladas.

8. El segundo considerando de la Directiva 2006/123 es del siguiente tenor:

«Para fomentar el crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo en la Unión Europea resulta esencial un mercado competitivo de servicios. Actualmente, hay un gran número de barreras en el mercado interior que impiden a los prestadores, en particular a las pequeñas y medianas empresas (PYME), extender sus operaciones más allá de sus fronteras nacionales y beneficiarse plenamente del mercado interior. Ello debilita la competitividad global de los prestadores de la Unión Europea. Un mercado libre que obligue a los Estados miembros a suprimir las barreras para la circulación transfronteriza de servicios y que, al mismo tiempo, ofrezca a los consumidores mayor transparencia e información, proporcionaría a los consumidores más posibilidades de elección y unos servicios a precios más bajos.»

Marco jurídico

9. El quinto considerando de la Directiva 2006/123 declara:

Directiva 2006/123

7. La Directiva 2006/123 fue adoptada con fundamento en las frases primera y tercera del artículo 47 CE, apartado 2, y el artículo 55 CE.

«Por tanto, procede eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros y garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado [CE]. [...]»

10. El séptimo considerando de la Directiva 2006/123 precisa:

«La presente Directiva establece un marco jurídico general que beneficia a una amplia gama de servicios sin por ello descuidar las peculiaridades de cada tipo de actividad o de profesión y de sus respectivos sistemas de regulación. [...]»

11. Según el considerando 100 de la Directiva 2006/123:

«Conviene suprimir las prohibiciones totales de comunicaciones comerciales en el caso de las profesiones reguladas. Dicha supresión no afecta a las prohibiciones relativas al contenido de una comunicación comercial, sino a aquellas que, de manera general y en relación con una profesión dada, prohíben una o varias formas de comunicación comercial, por ejemplo, toda publicidad en uno o varios medios de difusión dados. Por lo que se refiere al contenido y a las modalidades de las comunicaciones comerciales, procede animar a los profesionales a elaborar códigos de conducta a nivel comunitario que cumplan lo dispuesto en el Derecho comunitario.»

12. El artículo 4 de la Directiva 2006/123 define los principales conceptos de la misma. Dos definiciones son pertinentes a efectos del presente asunto, a saber, la del concepto de profesión regulada y la del concepto de comunicación comercial.

13. El artículo 4, número 11, de la Directiva 2006/123 define las profesiones reguladas remitiéndose a la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales,⁴ y más concretamente a su artículo 3, apartado 1, letra a), en cuya virtud se entenderá por «profesión regulada»:

«la actividad o conjunto de actividades profesionales cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio están subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales; en particular, se considerará modalidad de ejercicio el empleo de un título profesional limitado por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas a quien posea una determinada cualificación profesional. [...]»

14. El artículo 4, número 12, de la Directiva 2006/123 define el concepto de «comunicación comercial» del siguiente modo:

«cualquier forma de comunicación destinada a promocionar, directa o indirectamente, bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial o artesanal o que ejerza

4 — DO L 255, p. 22.

una profesión regulada; no se consideran comunicaciones comerciales en sí mismas las siguientes:

- a) los datos que permiten acceder directamente a la actividad de dicha empresa, organización o persona y, concretamente, el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico,
- b) las comunicaciones relativas a los bienes, servicios o a la imagen de dicha empresa, organización o persona, elaboradas de forma independiente, especialmente cuando se facilitan sin contrapartida económica.»

15. El artículo 24 de la Directiva 2006/123, titulado «Comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas», incardinado en el capítulo V de dicha Directiva, bajo la rúbrica «Calidad de los servicios», dispone lo siguiente:

«1. Los Estados miembros suprimirán las prohibiciones totales de realizar comunicaciones comerciales en el caso de las profesiones reguladas.

2. Los Estados miembros harán lo necesario para que las comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas se hagan cumpliendo las normas profesionales conformes al Derecho comunitario que tienen por objeto, concretamente, la independencia, dignidad e integridad de la profesión, así como el secreto profesional, de manera coherente con el carácter específico de cada profesión. Las normas

profesionales en materia de comunicaciones comerciales serán no discriminatorias, estarán justificadas por una razón imperiosa de interés general y serán proporcionadas.»

16. Conforme al artículo 44, apartado 1, de la Directiva 2006/123, el plazo para adaptar el Derecho interno a ella expiró el 28 de diciembre de 2009.

Normativa nacional

17. El código deontológico de los auditores de cuentas (en lo sucesivo, «código deontológico») figura anexo al Decreto nº 2007-1387.

18. El artículo 12 de dicho código deontológico establece lo siguiente:

«I. – Se prohíbe a las personas mencionadas en el artículo 1 efectuar cualquier gestión no solicitada con vistas a proponer sus servicios a terceros. Queda autorizada su participación en coloquios, seminarios u otras manifestaciones universitarias o científicas en la medida en que no se realicen, con ocasión de ellos, actos asimilables a la captación directa de clientes.

II. – Las personas mencionadas en el artículo 1 podrán llevar a cabo acciones de promoción en la medida en que proporcionen al

público una información útil. Los medios a los que pueden recurrir a tal efecto deberán emplearse con discreción, de modo que no se vulneren la independencia, la dignidad y el honor de la profesión ni tampoco las normas relativas al secreto profesional y al deber de lealtad hacia los clientes y los demás miembros de la profesión. Cuando presenten su actividad profesional a terceros, a través de cualquier medio, las personas mencionadas en el artículo 1 no deberán adoptar ninguna forma de expresión que pueda comprometer la dignidad de su función o la imagen de la profesión. Tanto esos modos de comunicación como cualquier otro que se utilice sólo se admitirán si se expresan de manera discreta y moderada, su contenido no presenta ninguna inexactitud ni puede inducir al público a error y no incluyen ningún elemento comparativo.»

19. El código deontológico entró en vigor el 1 de diciembre de 2007, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto n° 2007-1387.

Apreciación

20. Antes de examinar la cuestión prejudicial, quisiera exponer dos observaciones sobre el hecho, reseñado por el Gobierno francés en sus alegaciones escritas, de que el Decreto n° 2007-1387 fue adoptado tras la entrada en vigor de la Directiva 2006/123, aunque antes

de expirar el plazo de adaptación del Derecho interno a ella, y que la cuestión prejudicial fue planteada con anterioridad a esta misma fecha.

21. En primer lugar, me remito a mi opinión en el asunto C-357/09 PPU, Kadzoev,⁵ en el que traté la cuestión de la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales cuando éstas se refieren, en particular, a una Directiva cuyo plazo para la adaptación del Derecho interno a ella no ha finalizado aún. En base a la jurisprudencia ahí citada, llegué a la conclusión de que tal circunstancia no podía, por sí sola, impedir la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales.

22. En segundo lugar, quisiera recordar que de la resolución de remisión se deduce claramente que el planteamiento del propio tribunal remitente es que, si la prohibición de la captación directa de clientes establecida por el Decreto n° 2007-1387 hubiera de considerarse contraria al artículo 24 de la Directiva 2006/123, se comprometería gravemente su ejecución.

23. Procedo seguidamente al examen de la cuestión prejudicial, en virtud de la cual el Tribunal de Justicia debe determinar esencialmente el alcance de la obligación de «suprimir

⁵ — La opinión fue presentada el 10 de noviembre de 2009, puntos 28 a 47.

las prohibiciones totales de realizar comunicaciones comerciales en el caso de las profesiones reguladas», prevista en el artículo 24, apartado 1, de la Directiva 2006/123.

24. El órgano jurisdiccional remitente contempla en la propia cuestión prejudicial dos tesis sobre la interpretación de dicha obligación. Según la primera tesis, la obligación de suprimir las prohibiciones totales se refiere a toda prohibición total de alguna forma de comunicación comercial. La segunda tesis postula que esa obligación se refiere únicamente a la prohibición total de cualquier comunicación comercial,⁶ lo que implicaría que los Estados miembros conservan la posibilidad de mantener prohibiciones totales respecto a determinadas formas de comunicaciones comerciales.

25. Considero que la interpretación literal del artículo 24 de la Directiva 2006/123 no permite dar respuesta a la cuestión prejudicial, al no aportar una conclusión definitiva.

26. En efecto, la utilización del plural en la expresión «las prohibiciones totales», en vez del singular, puede dar lugar a dos conclusiones opuestas, ninguna de ellas carente, en principio, de todo fundamento.

6 — En lo que atañe a las profesiones reguladas, tal prohibición no revestía carácter excepcional. Así pues, la normativa francesa relativa a los auditores de cuentas anterior a la adopción del Decreto n.º 2007-1387 suponía, fundamentalmente, la prohibición total de cualquier comunicación comercial.

27. Según la primera conclusión, apoyada principalmente por la Comisión, de ello se infiere que el legislador comunitario tenía la intención de suprimir no solamente la prohibición total de cualquier comunicación comercial, sino también las prohibiciones totales de determinadas formas de comunicación comercial.

28. A tenor de la segunda conclusión, defendida por el Gobierno francés, aun cuando el legislador comunitario se refiere a las «prohibiciones totales», se trata únicamente de la prohibición total de cualquier comunicación comercial respecto de las profesiones reguladas, ya que en la mayoría de los Estados miembros no existía hasta entonces una única prohibición total relativa a todas las profesiones reguladas, sino tantas prohibiciones totales como profesiones afectadas.

29. Puesto que la interpretación literal del artículo 24 de la Directiva 2006/123 es insuficiente, habrá que atender más bien a la finalidad de la misma y a la ubicación del citado artículo 24 a la luz de la sistemática de dicha Directiva.

30. En lo tocante a la finalidad de la Directiva 2006/123, debe señalarse, en base a sus considerandos segundo y quinto, que consiste en la eliminación de los obstáculos a dos libertades fundamentales del Tratado: la libertad de

establecimiento y la libre prestación de servicios. Así es como esta Directiva contribuye a la realización del mercado interior.

profesiones reguladas,⁷ ya que en este caso el problema de la asimetría de la información —que objetivamente existe entre el prestador del servicio y el destinatario del mismo— se manifiesta más claramente.

31. Respecto a la sistemática de la Directiva 2006/123, debe recordarse que su artículo 24, central en mi reflexión, se integra en el capítulo V, con el epígrafe «Calidad de los servicios». A mi juicio, es indudable que este capítulo en general y el artículo 24 en particular están destinados principalmente a proteger los intereses de los consumidores. Pues bien, de la ubicación del artículo 24 en el seno de la citada Directiva se desprende que el objetivo de dicho artículo es contribuir a la calidad de los servicios en el caso de las profesiones reguladas en el mercado interior.

34. Las diferentes formas de comunicación comercial consisten fundamentalmente en la transmisión de mensajes y de información a los clientes potenciales, es decir, a los destinatarios potenciales de los servicios.

32. Pues bien, habida cuenta del contenido del artículo 24, cabe preguntarse de qué manera puede contribuir la normativa sobre comunicaciones comerciales a la calidad de los servicios prestados por las profesiones reguladas en el mercado interior.

35. Con anterioridad a la adopción de la Directiva 2006/123, las características propias de las profesiones reguladas, descritas por el Abogado General Jacobs en sus conclusiones de 23 de marzo de 2000 en los asuntos acumulados Pavlov y otros,⁸ se han admitido normalmente como una razón para prohibir la comunicación comercial en el caso de las profesiones reguladas.⁹

33. Soy consciente de que, respecto a su contenido, el artículo 24 no incide directamente en la calidad de los servicios en cuestión. Sin embargo, su correcta interpretación y aplicación constituyen un requisito previo indispensable para la prestación de servicios de calidad, especialmente en el ámbito de las

7 — La importancia de la calidad de los servicios en el caso de las profesiones reguladas fue señalada por el Abogado General Léger en sus conclusiones en el asunto Arduino (sentencia de 19 de febrero de 2002, C-35/99, Rec. p. I-1529), punto 112, presentadas el 10 de julio de 2001. El tiempo transcurrido no ha afectado a la pertinencia de las palabras del Abogado General Léger.

8 — Sentencia de 12 de septiembre de 2000 (C-180/98 a C-184/98, Rec. p. I-6451). A este respecto, no es relevante que dicha descripción se haya efectuado desde el punto de vista del Derecho de la competencia.

9 — Aún en 2008, tras la entrada en vigor de la Directiva 2006/123, el Tribunal de Justicia admitió una normativa que prohibía a cualquiera y, en particular, a los prestadores de tratamientos dentales, en el marco de una profesión liberal o de una consulta dental, que lleven a cabo publicidad de cualquier naturaleza en el ámbito de los tratamientos dentales (sentencia de 13 de marzo de 2008, Doulamis, C-446/05, Rec. p. I-1377). Es cierto que el Tribunal de Justicia se pronunció básicamente en relación sólo con el artículo 81 CE, sin examinar en tal asunto la cuestión de la conformidad de la normativa controvertida con la libre prestación de servicios.

36. Dado que el artículo 24, apartado 1, de la Directiva 2006/123 obliga a los Estados miembros a suprimir las prohibiciones totales de realizar comunicaciones comerciales en el caso de las profesiones reguladas, parece ser que el planteamiento que hace la Directiva ha cambiado este enfoque. No obstante, ¿debe admitirse que las características propias de los servicios en el caso de las profesiones reguladas ya no requieren una normativa sobre sus comunicaciones comerciales distinta de la aplicable a los demás servicios?

37. A la luz del artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2006/123, la respuesta a esta cuestión debe ser negativa. Dicho precepto exige a los Estados miembros velar para que las comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas se hagan cumpliendo las normas profesionales conformes al Derecho de la Unión que tienen por objeto, concretamente, la independencia, dignidad e integridad de la profesión, así como el secreto profesional, de manera coherente con el carácter específico de cada profesión. Según el considerando 100 de la Directiva 2006/123, esto significa que los Estados miembros pueden mantener las prohibiciones relativas al contenido y modalidades de una comunicación comercial.

38. La relación entre las disposiciones de los apartados 1 y 2 del artículo 24 de la Directiva 2006/123 no es la de un principio –en este caso, la supresión de las prohibiciones totales de realizar comunicaciones comerciales en el caso de las profesiones reguladas– y una excepción al mismo. Por el contrario, las disposiciones del apartado 2 completan el principio formulado en el apartado 1. En consecuencia,

se excluyen las prohibiciones totales de realizar comunicaciones comerciales en el caso de las profesiones reguladas, sin impedir no obstante a los Estados miembros establecer prohibiciones relativas al contenido de una comunicación comercial.

39. En mi opinión, las consideraciones anteriores parecen indicar que el legislador comunitario ha pretendido más bien eliminar cualquier prohibición total de una forma de comunicación comercial, y no sólo la prohibición total de cualquier comunicación comercial en el caso de las profesiones reguladas. Tal interpretación del artículo 24 puede verse corroborada por el considerando 100 de la Directiva 2006/123, según el cual la supresión de las prohibiciones totales de comunicaciones comerciales en el caso de las profesiones reguladas no afecta a las prohibiciones relativas al contenido de una comunicación comercial, sino a aquellas que, de manera general y en relación con una profesión dada, prohíben una o varias formas de comunicación comercial.

40. No obstante, semejante conclusión no resuelve totalmente el problema suscitado por la cuestión prejudicial.

41. Habida cuenta del carácter oscuro del contenido del término «démarchage» –captación directa de clientes–, procede dilucidar si se trata de una forma de comunicación

comercial con cierto grado de autonomía (y por tanto su prohibición no sería conforme a lo dispuesto en el artículo 24, apartado 1, de la Directiva 2006/123, interpretado conforme a lo que he expuesto más arriba) o se trata solamente de un modo específico (de una «modalidad») de hacer publicidad como forma de comunicación comercial.

b) las comunicaciones relativas a los bienes, servicios o a la imagen de dicha empresa, organización o persona, elaboradas de forma independiente, especialmente cuando se facilitan sin contrapartida económica.»

42. La Directiva 2006/123 sólo contiene una definición general del concepto de comunicación comercial, sin explicitar sus diferentes formas ni mencionar ejemplos de éstas; su artículo 4, número 12, define de dos maneras dicho concepto: por un lado, de manera positiva (lo que se incluye en el concepto de comunicación comercial) y, por otro, de manera negativa (lo que se excluye de tal concepto). De manera positiva, la comunicación comercial designa «cualquier forma de comunicación destinada a promocionar, directa o indirectamente, bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial o artesanal o que ejerza una profesión regulada». De manera negativa, no se incluyen como tales en el concepto de comunicación comercial los siguientes elementos:

«a) los datos que permiten acceder directamente a la actividad de dicha empresa, organización o persona y, concretamente, el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico,

43. Como ya he mencionado, se trata de una definición muy general, aunque ha de reconocerse también que es una definición suficientemente flexible para adaptarse a la rápida evolución del sector de la comunicación.

44. Al igual que la Directiva 2006/123, el Derecho de la Unión no contiene ninguna definición legal del concepto de «captación directa de clientes» (démarchage). Además, su contenido puede variar en los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados miembros. Por lo que se refiere al código deontológico controvertido en el litigio principal, se entiende por captación directa de clientes, a efectos de la prohibición establecida en su artículo 12, la toma de contacto de un auditor de cuentas con un tercero que no lo ha solicitado con vistas a proponerle sus servicios.

45. En mi opinión, el contenido del concepto de «captación directa de clientes» puede determinarse atendiendo a tres elementos. Dos de ellos coinciden esencialmente con los señalados por el Gobierno francés. El primero es un elemento de movimiento, consistente en la toma de contacto directo y personal del representante de la profesión regulada con un tercero que no lo ha solicitado, y el segundo es un elemento de contenido, consistente en

la transmisión de un mensaje comercial. No obstante, no puede tratarse de cualquier mensaje comercial, sino únicamente de uno que exceda los límites de la información sobre las actividades del miembro de la profesión regulada en cuestión que propone sus servicios. El tercer elemento es la individualización del destinatario del mensaje comercial.

46. Esta definición excluye que la captación directa de clientes pueda realizarse a través de determinados medios, como la televisión, la radio o la prensa escrita. En efecto, en tales casos no existe el elemento de individualización del destinatario del mensaje comercial. En cambio, el teléfono, el correo o el correo electrónico constituyen los instrumentos típicos de la captación directa de clientes.¹⁰

47. Dos elementos me llevan a estimar que, en el marco del Derecho de la Unión, la captación directa de clientes no se considera una forma particular de comunicación comercial, sino únicamente un modo específico de hacer publicidad como forma de comunicación comercial.

10 — Por lo que se refiere a la captación directa de clientes mediante correo electrónico, recordemos que el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) (DO L 201, p. 37), supedita la autorización de la utilización del correo electrónico con fines de venta directa al consentimiento previo de los abonados.

48. En primer lugar, es preciso recordar la 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,¹¹ cuyo artículo 86, apartado 1, define la «publicidad de medicamentos» como «toda forma de oferta informativa, de prospección o de incitación destinada a promover la prescripción, la dispensación, la venta o el consumo de medicamentos». Dicha disposición contiene asimismo una enumeración no taxativa de las formas de publicidad, entre las que figuran también prácticas que corresponden a mi definición de captación directa de clientes, como, por ejemplo, la publicidad de medicamentos destinada a personas facultadas para prescribirlos o dispensarlos, o la visita de los visitadores médicos a personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos.

49. En segundo lugar, procede citar la sentencia dictada en el asunto Alpine Investments,¹² en cuyo apartado 28 el Tribunal de Justicia declaró que la venta a domicilio por teléfono constituye una «técnica rápida y directa de publicidad y de toma de contacto».

50. Habida cuenta de mi definición de captación directa de clientes y de las que figuran en la Directiva 2001/83 y en la sentencia Alpine Investments, antes citada, debe concluirse que la prohibición de dicha práctica no infringe, como tal, lo prescrito en el artículo 24,

11 — DO L 311, p. 67.

12 — Sentencia de 10 de mayo de 1995 (C-384/93, Rec. p. I-1141).

apartado 1, de la Directiva 2006/123, puesto que la captación directa de clientes no constituye una forma suficientemente autónoma de comunicación comercial que pueda distinguirse de la publicidad, sino que se trata, por el contrario, de una mera modalidad de hacer publicidad.

en el artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2006/123, considero que semejante modalidad de publicidad afecta esencialmente a la independencia de los auditores de cuentas.

51. En consecuencia, considero que cabe declarar que la prohibición de la captación directa de clientes que impone a los auditores de cuentas el artículo 12 del código deontológico podría suponer una utilización de la posibilidad que confiere el artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2006/123 de controlar el contenido y las modalidades de las comunicaciones comerciales mediante normas profesionales relativas a la independencia, dignidad e integridad de la profesión regulada así como al secreto profesional.

54. La independencia constituye un principio funcional que afecta al fondo mismo de la profesión del auditor de cuentas. Aplicando, *mutatis mutandis*, la definición de independencia dada por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 9 de marzo de 2010, Comisión/Alemania,¹³ cabe definir la independencia de los auditores de cuentas como la exclusión de toda orden o influencia externa, directa o indirecta, que pudiera poner en peligro el cumplimiento de su tarea.

52. La validez de esta hipótesis depende en definitiva de la respuesta que se dé a dos cuestiones. Primero hay que dilucidar si la captación directa de clientes que realiza el auditor de cuentas representa una amenaza para la independencia, dignidad e integridad de tal profesión o para el secreto profesional. En caso de respuesta afirmativa, aún debe determinarse si la prohibición de la captación directa de clientes que se impone a los auditores de cuentas no es discriminatoria, está justificada por una razón imperiosa de interés general y es proporcionada.

55. En mi opinión, es evidente que el contacto directo y personal entre un cliente potencial y un auditor de cuentas mediante el que éste ofrece sus servicios –lo que constituye una de las características de la captación directa de clientes– puede dar lugar a una relación personal en la que exista la posibilidad de ejercer influencia. Debe subrayarse que se trata del hecho notorio –conocido generalmente– confirmado por la experiencia, sin que por lo general sea necesario probarlo. Ciertamente, en cada caso concreto, habrá de acreditarse que el contacto directo y personal ha tenido tal influencia sobre el auditor de

53. Respecto a la captación directa de clientes como amenaza para los valores contemplados

13 — C-518/07, Rec. p. I-1885, apartado 30.

cuentas que su actividad ya no puede considerarse independiente.

56. Procede concluir, cuando menos, que el contacto directo y personal entre un cliente potencial y un auditor de cuentas, mediante el que éste ofrece sus servicios, lleva consigo un riesgo real de menoscabar la independencia de dicho profesional. Desde este punto de vista, la prohibición de la captación directa de clientes impuesta a los auditores de cuentas coadyuva a la prevención de situaciones que puedan suscitar dudas acerca de la independencia de tales profesionales.

57. De las consideraciones anteriores resulta que la prohibición de la captación directa de clientes que establece el código deontológico puede considerarse una norma profesional que protege la independencia de la profesión del auditor de cuentas.

58. Queda por determinar si la prohibición de la captación directa de clientes a los auditores de cuentas reúne los requisitos de no ser discriminatoria, estar justificada por una razón imperiosa de interés general y ser proporcionada.

59. Soy plenamente consciente de que la prohibición de la captación directa de clientes, como tal, constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios. Ése puede ser también el caso de las demás normas

profesionales tendentes a salvaguardar tanto la independencia, dignidad e integridad de las profesiones reguladas como el secreto profesional. Por ello, el artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2006/123 exige que las normas profesionales en cuestión no sean discriminatorias, estén justificadas por una razón imperiosa de interés general y sean proporcionadas. Son requisitos relacionados siempre con la justificación de los obstáculos a las libertades fundamentales del mercado interior.

60. En el caso de autos no se cuestiona el carácter no discriminatorio de la prohibición de la captación directa de clientes que establece el código deontológico.

61. En lo atinente a la justificación de la prohibición de la captación directa de clientes por una razón imperiosa de interés general, el problema se plantea si tomamos en consideración el artículo 16, apartado 1, letra b), de la Directiva 2006/123, según el cual los Estados miembros no supeditarán el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios a requisitos que no estén justificados por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente.

62. Pudiera parecer, a primera vista, que normas profesionales que representen un obstáculo a la libre prestación de servicios sólo podrían justificarse por las cuatro razones mencionadas en el artículo 16, apartado 1, letra b), de la Directiva 2006/123. Ahora bien, tal interpretación haría imposible dar cumplimiento a la frase primera del artículo 24,

apartado 2, de la Directiva 2006/123, que menciona las razones que justifican la existencia de normas deontológicas, como la del caso de autos relativa a la prohibición de la captación directa de clientes, a saber, la protección tanto de la independencia, dignidad e integridad de la profesión regulada como del secreto profesional. No se puede exigir que las mismas normas deontológicas obedezcan simultáneamente a las demás razones.

63. En consecuencia, procede declarar que, a efectos del artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2006/123, se considera una razón imperiosa de interés general la protección tanto de la independencia, dignidad e integridad de la profesión regulada como del secreto profesional.

64. El artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2006/123, constituye una *lex specialis* respecto de la disposición del artículo 16, apartado 1, letra b), de la misma Directiva, de modo que, a efectos de las normas sobre el contenido y las modalidades de las comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas, se admiten igualmente las razones imperiosas de interés general previstas con carácter no exhaustivo en la primera disposición citada, que se distinguen de las razones justificativas contempladas en el artículo 16, apartado 1, letra b), de la Directiva 2006/123.

65. Ya he demostrado, en los puntos 53 a 57 de las presentes conclusiones, que la prohibición de la captación directa de clientes puede justificarse por razones de protección de la independencia de los auditores de cuentas.

66. Respecto a la proporcionalidad de la prohibición de la captación directa de clientes, considero que tal medida no excede de lo conveniente y necesario para alcanzar los objetivos legítimos que persigue.

67. Habida cuenta del concepto de captación directa de clientes, tal como lo he determinado en las presentes conclusiones,¹⁴ considero que la prohibición de dicha práctica constituye una medida jurídica apropiada para limitar las posibilidades de contacto directo y personal entre un cliente potencial y el auditor de cuentas mediante el que éste ofrece sus servicios, y por tanto para reforzar el ejercicio independiente de esa profesión regulada.

68. Dado que la normativa controvertida en el litigio principal es suficientemente precisa y que su aplicación puede ser controlada y orientada de manera adecuada, tal normativa no excede de lo necesario para alcanzar los objetivos legítimos que persigue. Debe añadirse que las formas de comunicación comercial que se sigue permitiendo a los auditores de cuentas —y sus modalidades de aplicación— resultan suficientes para informar a sus clientes potenciales de sus actividades, conforme a la intención del legislador comunitario expresada en el artículo 24 de la Directiva 2006/123.

14 — Véase el punto 45 de las presentes conclusiones.

Conclusión

69. En atención a las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial planteada por el Conseil d'État de la siguiente manera:

«Dado que la captación directa de clientes constituye un modo específico de realización de una de las formas de comunicaciones comerciales, a saber, la publicidad, el artículo 24, apartado 1, de 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, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe a los auditores de cuentas realizar cualquier gestión no solicitada con vistas a proponer sus servicios a terceros, en la medida en que dicha normativa no sea discriminatoria, esté justificada por una de las razones imperiosas de interés general mencionadas a título de ejemplo en el artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2006/123 y sea proporcionada.»