



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
PEDRO CRUZ VILLALÓN
presentadas el 16 de noviembre de 2011¹

Asunto C-357/10

Duomo Gpa Srl

contra

Comune di Baranzate

Asunto C-358/10

Gestione Servizi Pubblici Srl

contra

Comune di Baranzate

Asunto C-359/10

Irtel Srl

contra

Comune di Venegono Inferiore

[Peticiónes de decisión prejudicial
planteadas por el Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Italia)]

«Servicios en el mercado interior — Libertad de establecimiento — Libre prestación de servicios — Concesión de servicios de liquidación, verificación y recaudación de impuestos — Legislación nacional que exige un capital social mínimo a la sociedad concesionaria — Aplicabilidad de la Directiva 2006/123 — Artículos 15 y 16 de la Directiva 2006/123 — Proporcionalidad»

I. Introducción

1. Los tres asuntos aquí acumulados versan sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión de una disposición nacional en virtud de la cual las empresas que aspiren a la adjudicación de un servicio de liquidación y recaudación de tributos y otros ingresos de las entidades locales deben disponer de un capital social mínimo, totalmente desembolsado, de diez millones de euros, so pena, dicho simplificada, de no poder participar en el procedimiento correspondiente o, en su caso, de que se declare la nulidad de la adjudicación.

2. Más concretamente, el tribunal de reenvío nos interroga sobre la compatibilidad de la referida disposición nacional con, de una parte, los artículos 15 y 16 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 y, de otra, con el Derecho primario.

1 — Lengua original: español.

2 — DO L 376, p. 36; en adelante, «Directiva de servicios» o «Directiva».

3. La inserción de esta Directiva en el Derecho de la Unión ha venido suscitando diversos interrogantes: en primer lugar, sobre su carácter armonizador,³ pero también sobre su aplicabilidad a casos puramente internos⁴ y sobre el alcance y la validez del artículo 16,⁵ entre otros. El presente asunto no requiere, sin embargo, abordar todos, ni siquiera la mayoría de estos problemas. En particular, y en la hipótesis de una prestación de servicios sin recurso a la libertad de establecimiento, propondré al Tribunal de Justicia que, sin necesidad de «recorrer» en esta ocasión todos los extremos referidos, aborde directamente la compatibilidad de la disposición nacional en cuestión con el Derecho de la Unión desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.

II. Marco jurídico

A. El Derecho de la Unión: la Directiva 2006/123

4. La Directiva 2006/123, llamada Directiva de servicios, establece «las disposiciones necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad de los servicios» (artículo 1, apartado 1).

5. Su capítulo III tiene por objeto la libertad de establecimiento de los prestadores. Su artículo 15, apartado 2, dispone que «los Estados miembros examinarán si sus respectivos ordenamientos jurídicos supeditan el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio al cumplimiento» de una serie de requisitos, entre los que se encuentran los «requisitos relativos a la posesión de capital de una sociedad» [letra c)].

6. El artículo 15, apartado 3, dispone lo siguiente:

«Los Estados miembros comprobarán que los requisitos contemplados en el apartado 2 cumplan las condiciones siguientes:

- a) no discriminación: que los requisitos no sean discriminatorios, ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o, por lo que se refiere a las sociedades, del domicilio social;
- b) necesidad: que los requisitos estén justificados por una razón imperiosa de interés general;
- c) proporcionalidad: que los requisitos sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vayan más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo y que no se puedan sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.»

7. El capítulo IV de la Directiva está dedicado a la libre circulación de servicios. El artículo 16, incluido en aquél, lleva por título «Libre prestación de servicios» y dispone lo siguiente en su apartado 1:

«Los Estados miembros respetarán el derecho de los prestadores a prestar servicios en un Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos.

3 — En relación con este punto, véanse Barnard, C., «Unravelling the Services Directive», *Common Market Law Review*, 2008, p. 382 y 383; van de Gronden, J., y de Waele, H., «All's well that bends well: the constitutional dimension to the Services Directive», *European Constitutional Law Review*, 2010, p. 404; Klamert, M., «Of empty glasses and double burdens: approaches to regulating the Services Market à propos the implementation of the Services Directive», *Legal Issues of Economic Integration* 37, n° 2 (2010), p. 129; y Mortelmans, K., «The relationship between the Treaty rules and Community measures for the establishment and functioning of the internal market — Towards a concordance rule», *Common Market Law Review*, 2002, pp. 1324 y ss.

4 — Véanse Barnard, C., *op. cit.*, p. 351; y De la Quadra-Salcedo Janini, T., «Mercado interior y Directiva de servicios», *Revista catalana de dret públic*, n° 42, 2011, p. 257 a 293.

5 — Véanse van de Gronden, J., y de Waele, H., *op. cit.*, pp. 41 y ss.; y Peglow, K., «La libre prestation de services dans la directive n° 2006/123 /CE. Réflexion sur l'insertion dans le droit communautaire existant», *Revue trimestrielle de droit européen*, 2008, § 62 y ss.

El Estado miembro en que se preste el servicio asegurará la libertad de acceso y el libre ejercicio de la actividad de servicios dentro de su territorio.

Los Estados miembros no supeditarán el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios a requisitos que no respeten los principios siguientes:

- a) no discriminación: el requisito no podrá ser directa o indirectamente discriminatorio por razón de la nacionalidad o, en el caso de las personas jurídicas, por razón del Estado miembro en que estén establecidas;
- b) necesidad: el requisito deberá estar justificado por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente;
- c) proporcionalidad: el requisito deberá ser el adecuado para conseguir el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo.»

B. *La regulación italiana*

8. El artículo 32, apartado 7 bis, del Decreto-ley nº 185, de 29 de noviembre de 2008,⁶ convalidado por la Ley nº 2 de 28 de enero de 2009,⁷ disponía lo siguiente:

«A efectos del artículo 53, apartado 3, del Decreto Legislativo nº 446, de 15 de diciembre de 1997, con sus modificaciones posteriores, las sociedades deberán poseer un capital social mínimo de diez millones de euros desembolsados en su totalidad para inscribirse en el correspondiente Registro de empresas privadas habilitadas para efectuar actividades de liquidación y recaudación de los tributos y otros ingresos de provincias y municipios. Las sociedades en las que el Estado posea una participación mayoritaria quedan excluidas del límite establecido en el párrafo anterior. Será nula la adjudicación de servicios de liquidación y recaudación de tributos y otros ingresos de las entidades locales a empresas que no reúnan el requisito económico mencionado. Las empresas inscritas en el Registro citado deberán adaptar su capital social al límite mínimo establecido. En cualquier caso, hasta que no efectúen la mencionada adaptación no podrán obtener ninguna adjudicación ni participar en licitaciones que tengan dicho objeto.»

9. Esta disposición fue derogada por el artículo 3 *bis*, apartado 3, del Decreto-ley nº 40, de 25 de marzo de 2010,⁸ convalidado por Ley nº 73, de 22 de mayo de 2010.⁹ La nueva regulación exige diferentes niveles de capital social mínimo en función del número de habitantes de la entidad local de que se trate.

III. Los litigios principales y las cuestiones prejudiciales

10. Los asuntos C-357/10 y C-358/10 traen causa de la convocatoria por el Ayuntamiento de Baranzate (Italia), de un procedimiento abierto para la adjudicación de una concesión para el servicio de gestión, liquidación y recaudación de ciertos impuestos y otros ingresos locales durante el periodo de cinco años comprendido entre el 1 de mayo de 2009 y el 30 abril de 2014. El valor de los servicios para la totalidad del periodo se estimó en 57.000 euros. Seis empresas privadas, todas ellas establecidas en Italia, presentaron sendas ofertas. Entre ellas se encontraban las empresas Duomo Gpa Srl (en lo

6 — Decreto-ley sobre medidas de urgencia para el apoyo a las familias, al trabajo, al empleo y a las empresas, así como para la redefinición del marco estratégico nacional en el contexto de la lucha contra la crisis.

7 — GURI nº 22, de 28 de enero de 2009, suplemento ordinario nº 14.

8 — GURI nº 71, de 26 de marzo de 2010.

9 — GURI nº 120, de 25 de mayo de 2010.

sucesivo, «Duomo»), Gestione Servizi Pubblici Srl (en adelante, «GSP») y Agencia Italiana per le Pubbliche Amministrazioni SpA (en adelante, AIPA). El 1 y el 3 de abril de 2009, el Ayuntamiento de Baranzate comunicó a Duomo y a GSP que habían sido excluidas del procedimiento por no respetar la exigencia prevista en el artículo 32, apartado 7 *bis*, del Decreto-ley n° 185/08.

11. El asunto C-359/10 trae causa de la convocatoria de un procedimiento semejante por el Ayuntamiento de Venegono Inferiore. En este caso se trataba de adjudicar la concesión del servicio de liquidación y recaudación ordinaria y forzosa del impuesto municipal sobre la publicidad y de la tasa sobre la colocación de anuncios públicos, correspondientes al periodo de cuatro años comprendido entre el 23 de febrero de 2009 y el 31 de diciembre de 2012, con un importe previsto de 48.765 euros en total. Entre las empresas que presentaron ofertas se encontraban Irtel SpA (en adelante, «Irtel») y AIPA. El 9 de marzo de 2009, el organismo adjudicador decidió excluir a Irtel del procedimiento por no respetar la exigencia prevista en el artículo 32, apartado 7 *bis*, del Decreto-ley n° 185/08.

12. Duomo, GSP e Irtel introdujeron sendos recursos contra las decisiones de exclusión de los referidos procedimientos de adjudicación.

13. El Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia ha suspendido la tramitación de los procedimientos de referencia, planteando en relación con cada uno de ellos las siguientes cuestiones prejudiciales:

«A) ¿Son contrarias a la correcta aplicación de los artículos 15 y 16 de la Directiva 2006/123/CE las disposiciones nacionales del artículo 32, apartado 7 *bis*, del Decreto-ley n° 185, de 29 de noviembre de 2008, convalidado por la Ley n° 2, de 28 de enero de 2009, modificado con posterioridad por la Ley n° 14, de 27 de febrero de 2009, que establecen, salvo para las sociedades en las que el Estado posea una participación mayoritaria:

- la nulidad de la adjudicación del servicio de liquidación y recaudación de tributos y otros ingresos de las entidades locales a empresas que no reúnan el requisito económico de un capital social mínimo de 10 millones de euros totalmente desembolsado;
- la obligación de los sujetos inscritos en el correspondiente Registro de sujetos privados habilitados para realizar actividades de liquidación y recaudación de los tributos y otros ingresos de las entidades locales, de adecuar su capital social al nivel mínimo mencionado;
- la prohibición de que se les adjudiquen o de participar en licitaciones para la adjudicación de los servicios de liquidación y recaudación de tributos y otros ingresos de las entidades locales hasta que cumplan la citada obligación de adecuar su capital social.

B) ¿Son contrarias a la correcta aplicación de los artículos 3, 10, 43, 49 y 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea las disposiciones nacionales del artículo 32, apartado 7 *bis*, del Decreto-ley n° 185, de 29 de noviembre de 2008, convalidado por la Ley n° 2, de 28 de enero de 2009, modificado con posterioridad por la Ley n° 14, de 27 de febrero de 2009, que establecen, salvo para las sociedades en las que el Estado posea una participación mayoritaria:

- la nulidad de la adjudicación del servicio de liquidación y recaudación de tributos y otros ingresos de las entidades locales a empresas que no reúnan el requisito económico de un capital social mínimo de 10 millones de euros totalmente desembolsado;
- la obligación de los sujetos inscritos en el correspondiente Registro de sujetos privados habilitados para realizar actividades de liquidación y recaudación de tributos y otros ingresos de las entidades locales con arreglo al artículo 53, apartado 3, del Decreto legislativo n° 446, de 15 de diciembre de 1997, con sus modificaciones posteriores, de adecuar su capital social al nivel mínimo mencionado;

- la prohibición de que se les adjudiquen o de participar en licitaciones para la adjudicación de los servicios de liquidación y recaudación de tributos y otros ingresos de las entidades locales hasta que cumplan la citada obligación de adecuar su capital social?»

IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

14. Las peticiones prejudiciales se registraron en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 19 de julio de 2010.

15. Han depositado observaciones escritas el Ayuntamiento de Baranzate, los Gobiernos italiano y neerlandés y la Comisión.

V. Análisis de las cuestiones prejudiciales

16. Las dos cuestiones suscitadas en los presentes reenvíos versan, respectivamente y como he indicado, sobre la compatibilidad de una misma disposición nacional con respecto a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, tal y como están reguladas en la Directiva de servicios, en primer lugar, y tal como resultan directamente del Tratado, en segundo lugar.

17. Por más que la segunda pregunta no se presente formalmente como subsidiaria respecto de la primera, no es aventurado sostener que son las posibles dificultades de aplicabilidad de la Directiva a los presentes casos las que han llevado al tribunal de reenvío a solicitar en segundo término el contraste de la disposición nacional en cuestión con las referidas libertades tal como resultan directamente del Tratado.

A. La primera cuestión prejudicial

18. La primera cuestión prejudicial plantea la compatibilidad con los artículos 15 y 16 de la Directiva de servicios de la norma italiana repetidamente citada, en virtud de la cual las empresas que aspiren a la adjudicación de un servicio de liquidación y recaudación de tributos y otros ingresos de las entidades locales deben tener como mínimo un capital social totalmente desembolsado de diez millones de euros, so pena de no poder participar en el procedimiento correspondiente o, en su caso, de que se declare la nulidad de la adjudicación.

19. Los citados preceptos de la Directiva forman respectivamente parte de la regulación, diversa en cada caso, de las dos posibles «situaciones» en que puede encontrarse el prestador de servicios: la situación «libertad de establecimiento» y la situación «libre prestación de servicios», sometidas a regímenes jurídicos algo diferentes.¹⁰ Pero antes de ocuparme de la cuestión relativa a si debe considerarse uno u otro precepto como el relevante a nuestros efectos, o acaso ambos, resulta ineludible referirse a la aplicabilidad de la Directiva como tal.

1. La cuestión de la aplicabilidad de la Directiva de servicios

20. La aplicabilidad de la Directiva de servicios ha sido cuestionada desde, fundamentalmente, dos perspectivas distintas: una de orden temporal y otra de orden sustantivo.

10 — Me serviré de esta terminología, que considero se adecua a la inspiración básica de una normativa de la Unión cuyo objeto esencial es la prestación de servicios, ya sea en un contexto de establecimiento como en uno que prescinda del mismo.

a) Las objeciones temporales: una disposición nacional adoptada durante el plazo de transposición

21. Tanto la aprobación de la disposición nacional litigiosa como el inicio de los procedimientos de adjudicación y las decisiones de exclusión de las empresas recurrentes tuvieron lugar antes del 28 de diciembre de 2009, fecha de expiración del plazo de transposición de la Directiva de servicios (artículo 44, apartado 1).

22. Esta circunstancia resulta sin embargo irrelevante desde la perspectiva de la libertad de establecimiento, pues el artículo 15, apartado 6, de la Directiva establece que, «a partir del 28 de diciembre de 2006, los Estados miembros únicamente podrán introducir nuevos requisitos del tipo de los contemplados en el apartado 2 cuando reúnan las condiciones establecidas en el apartado 3». En consecuencia, la condición litigiosa, introducida con posterioridad a esta fecha, debe ser ya evaluada a la luz del artículo 15 de la Directiva.

23. En el caso de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios, no figura en la Directiva una cláusula de *stand still* paralela a ésta, no obstante lo cual la anterior conclusión puede ser aquí reiterada. De acuerdo con las sentencias de 18 de diciembre de 1997, *Inter-Environnement Wallonie*,¹¹ y de 5 de abril de 2011, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*,¹² durante el plazo de transposición los Estados miembros deben abstenerse de adoptar disposiciones que «puedan comprometer gravemente el resultado prescrito» por una Directiva.

24. Es de tener en cuenta por lo demás que en el presente caso no parece que la disposición nacional se aprobase con vocación de provisionalidad (se adoptó, de hecho, cuando sólo faltaba un año para que finalizase el plazo de transposición de la Directiva).¹³ El breve plazo de vigencia de la norma litigiosa no es, por tanto, suficiente para considerar que se trataba de una simple «etapa» en la transposición de la Directiva,¹⁴ ni tampoco para afirmar que no podía «comprometer gravemente el resultado prescrito» por la Directiva: si nos fijamos en la redacción de las dos sentencias citadas, lo determinante no es que la medida haya finalmente comprometido el resultado de la Directiva, sino que hubiera podido comprometerlo (de continuar en vigor).

b) Las objeciones sustantivas: los supuestos «excluidos» del ámbito de aplicación de la Directiva de servicios

25. Como acertadamente recuerda la Comisión, la actividad de liquidación y recaudación de tributos y otros ingresos de las colectividades locales constituye en Italia un «servicio» en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva, incluido, por tanto, dentro de su ámbito de aplicación (artículo 2, apartado 1).

26. La aplicabilidad de la Directiva de servicios se enfrenta también, sin embargo, a varias objeciones de orden sustantivo, relacionadas con la invocación de varias excepciones al ámbito de aplicación de aquélla. Como tales cláusulas excepcionales, estas derogaciones han de interpretarse de forma estricta y, en todo caso, sin acudir a la analogía. Ninguna de las que han sido aquí invocadas resulta, a mi juicio, relevante en el presente caso.

27. En primer lugar hay que señalar que, pese a su clara relación con el ejercicio de la potestad tributaria, la referida actividad de liquidación y recaudación de tributos no puede considerarse como una actividad excluida del ámbito de aplicación de la Directiva por estar «vinculada al ejercicio de la autoridad pública» en el sentido del artículo 51 TFUE [artículo 2, apartado 2, letra i), de la Directiva de servicios]. De acuerdo con una abundante jurisprudencia, la excepción prevista por dicho artículo del Tratado no puede extenderse a las funciones que son meramente auxiliares y preparatorias con respecto a la entidad que ejerce efectivamente el poder público al adoptar la resolución final. El Tribunal de Justicia

11 — Asunto C-129/96, Rec. p. I-7411, apartados 45 y 46.

12 — Asunto C-119/09, Rec. p. I-2551, apartados 19 y 20.

13 — Véase, en este punto, la sentencia de 14 de junio de 2007, *Comisión/Bélgica* (C-422/05, Rec. p. I-4749), apartados 64 a 68, en la que el Tribunal de Justicia tuvo en cuenta el hecho de que la norma nacional incompatible con una directiva hubiese entrado en vigor menos de tres meses antes de la fecha del plazo de transposición de ésta.

14 — A este respecto, véase la sentencia *Inter-Environnement Wallonie*, ya citada, apartado 49.

ha aclarado además que la posibilidad de invocar el artículo 51 TFUE queda excluida cuando los organismos privados de que se trate ejerzan funciones de poder público «bajo la supervisión activa de la autoridad pública competente». ¹⁵ Es claro que el ordenamiento jurídico italiano reserva el ejercicio de las potestades tributarias propiamente dichas a los entes públicos, considerando la recaudación de ciertos impuestos como una actividad auxiliar que puede prestarse en régimen de gestión indirecta, bajo la tutela de aquéllos, y que está incluida, por tanto, en el ámbito de aplicación de la Directiva.

28. El supuesto que aquí se analiza tampoco puede excluirse del ámbito de aplicación de la Directiva de servicios en atención a su artículo 2, apartado 3, el cual establece que la Directiva no se aplica «a la fiscalidad». Según se desprende del vigésimo noveno considerando, esta derogación trata de excluir la aplicación de la Directiva a las medidas fiscales adoptadas por los Estados miembros, que se rigen por las disposiciones específicas del Tratado. Por el contrario, las actividades administrativas que se desarrollan, como ésta, en el campo de la «fiscalidad», están incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, y también lo están las actividades de asesoramiento fiscal, específicamente mencionadas en el trigésimo tercer considerando de la Directiva.

29. Por último, tampoco parece aquí relevante la excepción contemplada en el artículo 17, apartado 5, de la Directiva, de acuerdo con el cual el artículo 16 no se aplicará a «las actividades de cobro de deudas por vía judicial», pues la actividad se desarrolla sin participación de las autoridades judiciales.

30. A la vista de todo lo anterior, por tanto, cabe concluir que la Directiva de servicios resulta aplicable al presente caso.

2. Las libertades concernidas: dos posibles situaciones del prestador del servicio

31. La disposición nacional litigiosa configura claramente una «exigencia» en el sentido de la Directiva de servicios, dirigida a los prestadores del servicio en cuestión. En otras palabras, su regulación de las condiciones de prestación del servicio incorpora un requisito inexcusable, el cual debe superar un control de compatibilidad con la Directiva en cuanto «exigencia». Ocurre, sin embargo, que la Directiva se ocupa de estas «exigencias» separadamente para las dos situaciones en las que puede tener lugar la prestación del servicio: la situación «libertad de establecimiento» y la situación «libre prestación de servicios». Ello se manifiesta ya en la propia formulación de la primera de las preguntas del órgano de reenvío, al aludir tanto al artículo 15 como al artículo 16 de la Directiva. Conviene, por tanto, determinar si la disposición litigiosa debe examinarse o no de manera exclusiva respecto de una u otra libertad.

32. En una primera aproximación, el presente supuesto reuniría las condiciones que exige la jurisprudencia para aplicar la libertad de establecimiento. ¹⁶ Y es que, por una parte, las concesiones litigiosas tenían una duración bastante amplia (de cuatro y cinco años, respectivamente); por otra parte, parece difícil que una actividad como la de recaudación de tributos pueda llevarse a cabo sin un establecimiento o «instalación permanente» en el municipio de que se trate o, cuando menos, en el territorio nacional.

33. Ahora bien, por lo que respecta a la duración de la actividad, hay que tener en cuenta que el concepto de servicio en el sentido del Tratado puede incluir aquellos servicios «cuya prestación se efectúa durante un periodo prolongado». ¹⁷ Sólo «a una actividad ejercida con carácter permanente o, en cualquier caso, sin limitación previsible de su duración no le resultan aplicables las disposiciones comunitarias en materia de prestación de servicios». ¹⁸ La previsión de que la actividad se desarrolle durante cuatro o cinco años no es, por tanto, suficiente.

15 — Sentencia de 22 de octubre de 2009, Comisión/Portugal (C-438/08, Rec. p. I-10219), apartados 36 y 37, y jurisprudencia allí citada.

16 — Sentencia de 25 de julio de 1991, Factortame (C-221/89, Rec. p. I-3905), apartado 20.

17 — Sentencia de 11 de diciembre de 2003, Schnitzer (C-215/01, Rec. p. I-14847), apartados 30 y 31. Véanse también las sentencias de 29 de abril de 2004, Comisión/Portugal (C-171/02, Rec. p. I-5645), apartado 26; de 16 de julio de 2009, von Chamier-Glisczinski (C-208/07, Rec. p. I-6095), apartado 74; de 26 de octubre de 2010, Schmelz (C-97/09, Rec. p. 10465), apartado 42; y de 18 de noviembre de 2010, Comisión/Portugal (C-458/08, Rec. p. I-11599), apartado 85.

18 — Sentencias de 5 de octubre de 1988, Steyman (196/87, Rec. p. 6159) apartado 16; Schnitzer, ya citada, apartados 27 a 29; y de 7 de septiembre de 2004, Trojani (C-456/02, Rec. p. I-7573), apartado 28.

34. Tampoco es absolutamente determinante la circunstancia de que se disponga de cierta base física en el Estado donde se desarrolla la actividad. De acuerdo con la sentencia Gebhard, no ha de excluirse «la posibilidad de que el prestador de servicios, en el sentido del Tratado, se provea, en el Estado miembro de acogida, de cierta infraestructura (incluida una oficina, despacho o estudio) en la medida en que dicha infraestructura sea necesaria para realizar la referida prestación».¹⁹

35. A la vista de lo anterior, y en la medida en que no cabe excluir que, en este caso, la prestación del servicio pueda tener lugar tanto en una como en otra situación, entiendo que la disposición litigiosa ha de analizarse, tal como solicita el tribunal italiano, a la luz tanto de la libertad de establecimiento como de la libre prestación de servicios (artículos 15 y 16 de la Directiva de servicios).²⁰

3. Análisis de la disposición litigiosa a la luz del artículo 15 de la Directiva de servicios (libertad de establecimiento)

36. La Directiva de servicios ha optado por enumerar en sendas listas las restricciones a la libertad de establecimiento que, por utilizar la terminología clásica del Tribunal de Justicia, no son susceptibles de justificación, y aquellas que pueden serlo siempre que cumplan una serie de condiciones. Así, el artículo 14 enumera los llamados «requisitos prohibidos», entre los que se encuentran los discriminatorios, el de nacionalidad o el de residencia, por ejemplo. Los Estados miembros no pueden supeditar el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio al cumplimiento de ninguno de estos requisitos. El artículo 15, apartado 2, por el contrario, enumera una serie de requisitos que los Estados miembros podrán mantener siempre que cumplan las condiciones incluidas en el apartado 3.

37. Entre los requisitos sujetos a esa «evaluación» o comprobación, el artículo 15, apartado 2, letra c), cita los relativos a «la posesión de capital de una sociedad». La exigencia que la disposición litigiosa impone a los candidatos a la adjudicación de una concesión como la que aquí está en cuestión (disponer de un capital mínimo totalmente desembolsado de 10 millones de euros) puede fácilmente entenderse incluida en ese concepto. Procede, por tanto, analizar si cumple con las condiciones contempladas en el artículo 15, apartado 3, de la Directiva: no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

a) No discriminación

38. Como ya se ha indicado, la norma litigiosa se aplica a nacionales y no nacionales. El requisito no es, por tanto, discriminatorio desde el punto de vista de la nacionalidad (ni del domicilio social), directa ni indirectamente.²¹

b) La condición de «necesidad» o el objetivo invocado

39. Bajo la rúbrica «necesidad», la Directiva de servicios se refiere a la tradicional condición de que el requisito pueda justificarse con un objetivo legítimo.²² En el terreno de la libertad de establecimiento, más concretamente, esta condición de «necesidad» se refiere a «que los requisitos estén justificados por una razón imperiosa de interés general» [artículo 15, apartado 3, letra b)]. De acuerdo con el artículo 4, apartado 8, de la Directiva, por «razón imperiosa de interés general» debe entenderse toda

19 — Sentencia de 30 de noviembre de 1995 (C-55/94, Rec. p. I-4165), apartado 27. Véase también el septuagésimo séptimo considerando de la Directiva.

20 — El Tribunal de Justicia examina la norma controvertida a la luz de una sola de las libertades únicamente si se demuestra que una de ellas es por completo secundaria con respecto a la otra y puede subordinarse a ella. Véanse las sentencias de 24 de marzo de 1994, Schindler (C-275/92, Rec. p. I-1039), apartado 22; de 22 de enero de 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Rec. p. I-607), apartado 31; y de 3 de octubre de 2006, Fidium Finanz (C-452/04, Rec. p. I-9521), apartado 34.

21 — La eventual discriminación de las empresas privadas frente a las de capital mayoritariamente público (a las que no se impone este requisito) no sería relevante en relación con esta primera condición, pues la Directiva se refiere exclusivamente a discriminación por razón de la nacionalidad o del domicilio social. Por lo demás, la diferencia de trato podría estar justificada a la vista del objetivo y, en cualquier caso, no es una problemática que se plantee directamente en el presente asunto.

22 — Ello puede generar cierta confusión, habida cuenta que el test de «necesidad» se ha considerado tradicionalmente como una de las fases o partes del test de proporcionalidad.

razón «reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia» incluidas las que enumera a continuación.²³ Esta lista es, no obstante, simplemente ejemplificativa: parece claro que la voluntad de la Directiva no ha sido limitar el elenco de razones imperiosas de interés general a las expresamente citadas en su artículo 4, sino hacer referencia a una categoría genérica que siempre ha sido considerada abierta por la jurisprudencia.

40. En el presente caso, las autoridades italianas argumentan que el requisito de capital social mínimo aquí cuestionado es necesario para proteger los intereses financieros de los municipios que externalizan el servicio de liquidación y recaudación frente al riesgo de que las sociedades concesionarias, llegado el momento de trasladar las cantidades recaudadas a las arcas públicas, no puedan hacerlo por encontrarse en una situación de insolvencia

41. Esta justificación invocada por las autoridades italianas podría, por tanto, considerarse como una «razón imperiosa de interés general» desde la perspectiva del artículo 15 de la Directiva de servicios y capaz, en principio, de legitimar el requisito litigioso desde la perspectiva de la libertad de establecimiento.

c) El test de proporcionalidad

42. Cuestión distinta es la que atañe a la condición de proporcionalidad.

43. En línea con la jurisprudencia sobre justificación de restricciones a las libertades del Tratado, el artículo 15, apartado 3, letra c), de la Directiva exige que los requisitos sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue, que no vayan más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo y que no se puedan sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.

44. Nada hay que objetar en relación con la adecuación del requisito aquí cuestionado respecto al objetivo invocado por las autoridades italianas, esto es, la protección de los intereses financieros de los municipios. Y es que no hay que olvidar que las cantidades recaudadas no se entregan inmediatamente al municipio, sino que entre la recaudación y ese ingreso transcurre un lapso de tiempo²⁴ durante el cual el concesionario puede utilizar los fondos para realizar operaciones financieras que le generen un lucro y que, eventualmente, conlleven un riesgo. En tales casos, el capital social de la concesionaria constituiría una garantía adecuada para el municipio acreedor.

45. Pese a esta «adecuación» al objetivo, la medida litigiosa adolece de una falta de proporcionalidad que se aprecia en dos planos distintos.

46. En primer lugar, el requisito de tener un capital mínimo totalmente desembolsado de diez millones de euros va más allá de lo necesario para realizar el objetivo de proteger a la Administración Pública frente a un eventual incumplimiento de la sociedad concesionaria del servicio. A mi entender, el problema no radica tanto en lo elevado de la cifra fijada como en el carácter absolutamente indiferenciado de la medida, que impone la misma exigencia cuantitativa con independencia de las cantidades que deban recaudarse y, en definitiva, de la cuantificación económica del riesgo a que se expone el municipio acreedor.

47. Efectivamente, resulta difícil determinar *in abstracto* si la suma de diez millones de euros constituye una cuantificación adecuada de la «garantía» financiera que el concesionario privado debe ofrecer al municipio, pero en todo caso parece evidente que, si el objetivo perseguido es ofrecer a la Administración Pública una suerte de «aval» frente al riesgo de que las cantidades efectivamente

23 — Se trata de «el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural».

24 — Los ingresos se realizan al final de cada trimestre.

recaudadas por el concesionario no sean ingresadas en plazo en las arcas públicas, el importe de dicho aval o garantía debería variar en función de la importancia de dicho riesgo. Pues bien, dado que la evaluación del riesgo subjetivo de que el concesionario incumpla no parece una variable fácilmente estimable o predecible,²⁵ lo más adecuado sería partir de una valoración del riesgo objetivo, esto es, de la capacidad recaudadora del municipio de que se trate, pues cuanto más importante sea la cantidad que el concesionario pueda recaudar, más importante podría ser el perjuicio causado a la Administración local en caso de impago o retraso.

48. A partir de ahí, la cuantificación de esa capacidad recaudadora (y, en definitiva, del riesgo objetivo que asume el municipio) puede hacerse de modo más o menos exacto, tomando exclusivamente en cuenta el número de contribuyentes del municipio de que se trate o añadiendo también otros factores (estimaciones de lo recaudado en ejercicios anteriores, por ejemplo), realizando una determinación *ad casum* de la exigencia o bien operar por grupos o tramos, pero lo que es evidente es que, de una u otra forma, sólo puede considerarse proporcionada una garantía cuyo importe se fije en proporción al riesgo potencial que se pretende cubrir.

49. Previsiblemente, con una solución de este tipo se llegaría a la conclusión de que una garantía de diez millones de euros no es necesaria en todos los casos.²⁶ Si esto fuera así, la exigencia litigiosa sería desproporcionada en la medida en que excluye a las empresas de pequeña dimensión de toda posibilidad de acceso a esta actividad.

50. En segundo lugar, considero que el objetivo de garantía de los intereses económicos de los municipios afectados podría conseguirse por otros medios menos restrictivos que, además, parecen ya existir en la normativa italiana sobre contratación pública. El tribunal del reenvío ha aludido, en efecto, al Decreto Legislativo n° 163, de 12 de abril de 2006,²⁷ en el que al parecer se establecen requisitos generales para la participación en procedimientos de adjudicación que también podrían servir de garantía, como la presentación de fianzas, la acreditación de la capacidad técnica y financiera, solvencia y fiabilidad, etc.

51. A la vista de lo anterior, habría que concluir que el artículo 15 de la Directiva de servicios se opone a una disposición nacional como la aquí cuestionada.

4. Análisis de la disposición litigiosa a la luz del artículo 16 de la Directiva de servicios (libre prestación de servicios)

52. El análisis de la disposición litigiosa a la luz de la regulación de la libre prestación de servicios contenida en el artículo 16 de la Directiva es en cierta medida paralelo al que se acaba de hacer en relación con la libertad de establecimiento, y lleva a la misma conclusión de incompatibilidad con la Directiva por falta de proporcionalidad. El régimen de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios presentan, sin embargo, algunas diferencias que es preciso mencionar.

25 — Y el legislador italiano ya ha tenido en cierta medida en cuenta esta circunstancia, al excluir la aplicación de la exigencia en el caso de empresas con capital público mayoritario, respaldadas por las arcas públicas.

26 — El legislador italiano vino a asumir implícitamente esta falta de proporcionalidad al modificar, en 2010, la disposición litigiosa. La nueva regulación, contenida en la Ley n° 73 de 2010, antes citada, desglosa la exigencia de capital mínimo en función del número de habitantes del municipio de que se trate, de modo que ahora sólo se requiere tener un capital de diez millones de euros si se aspira a desarrollar la actividad para provincias o municipios de más de 200.000 habitantes (si se trata de recaudar para un municipio de menos de 100.000 habitantes o para varios que conjuntamente no superen los 100.000, la cifra exigida es un millón de euros; si se trata de municipios de menos de 200.000 habitantes, cinco millones de euros).

27 — Codice dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi, forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (GURI n° 100, de 2 de mayo de 2006).

53. La primera diferencia radica en el hecho de que, a diferencia del artículo 15 de la Directiva de servicios, el artículo 16 únicamente contiene, en su apartado 2, una lista con seis tipos de requisitos,²⁸ entre los que no se encuentra el relativo al capital social. Nada impide, sin embargo, entender que éste está incluido entre los requisitos contemplados, con carácter general, en el apartado 1 de este artículo, cuyo tercer párrafo dispone que «los Estados miembros no supeditarán el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios a requisitos que no respeten» los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad. El análisis volvería a consistir, por tanto, en el examen de estas tres condiciones.

54. La segunda diferencia gira en torno a la definición de la condición «necesidad», mucho más estricta en el terreno de la libre prestación de servicios que en el de la libertad de establecimiento. A diferencia del artículo 15, apartado 3, el artículo 16, apartado 1, letra b), no efectúa una remisión general a las «razones imperiosas de interés general» definidas por la jurisprudencia, incorporando en su lugar una lista aparentemente limitativa de objetivos susceptibles de justificar el requisito de que se trate: «razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente».²⁹

55. Este enunciado llevaría a plantear el problema de si un objetivo como el alegado respecto del requisito litigioso puede ser subsumido dentro de alguna de las cuatro categorías mencionadas. Del mismo modo que nada impediría poner en cuestión el carácter limitativo de esta lista del artículo 16, apartado 1, letra b), o, incluso, su compatibilidad con las disposiciones del Tratado y, en definitiva, la propia validez de la Directiva en este punto.³⁰

56. Ahora bien, se da la circunstancia de que la aplicación del test de proporcionalidad no varía en el caso de la libre prestación de servicios respecto del supuesto «libertad de establecimiento», siendo así que, como ya se ha indicado, la disposición litigiosa no supera este test en este último marco. Por todo ello, propongo al Tribunal de Justicia que, en el caso de la libre prestación de servicios, proceda directamente a aplicar el test de proporcionalidad en los términos referidos en los puntos 45 a 50 de las presentes conclusiones, sin necesidad de abordar previamente la cuestión de la legitimidad del objetivo invocado.

57. En cualquier caso, por tanto, el artículo 16 de la Directiva de servicios se opone también a una disposición nacional como la aquí cuestionada.

5. Conclusión a la primera cuestión prejudicial

58. A la vista de lo anterior, habría que concluir que los artículos 15 y 16 de la Directiva de servicios se oponen a una disposición nacional en virtud de la cual las empresas que aspiren a la adjudicación de un servicio de liquidación y recaudación de tributos y otros ingresos de las entidades locales deben tener como mínimo un capital social totalmente desembolsado de diez millones de euros.

28 — Aparentemente, se trata de requisitos susceptibles de justificación, pues el artículo 16, apartado 3, dispone que «las presentes disposiciones no impedirán que el Estado miembro al que se desplace el prestador imponga, con respecto a la prestación de una actividad de servicios, requisitos que estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, de salud pública o protección del medio ambiente y de conformidad con el apartado 1. [...]».

29 — Salvo la protección del medio ambiente, cuyo carácter de objetivo de interés general ha sido consagrado por la jurisprudencia, los tres restantes coinciden con los contemplados en el artículo 52 TFUE (aplicable también a la libre prestación de servicios en virtud del artículo 62 TFUE).

30 — En sus conclusiones en el asunto *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*, ya citado, presentadas el 18 de mayo de 2010, el Abogado General Mazák puso ya de relieve que el eventual carácter limitativo de la lista del artículo 16, apartado 1, letra b), podría resultar incoherente con otras previsiones de la propia Directiva de servicios, en particular su artículo 24, apartado 2: «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» (punto 62).

B. La segunda cuestión prejudicial

59. En su segunda cuestión prejudicial, el tribunal de reenvío acude al Derecho primario como parámetro de legalidad, preguntando si la norma litigiosa es compatible con los artículos 3 CE, 10 CE, 43 CE, 49 CE y 81 CE.

60. A mi juicio, la parte de esta segunda cuestión prejudicial que se refiere a los artículos 3 CE,³¹ 10 CE³² y 81 CE (artículo 101 TFUE) debe declararse inadmisibles como consecuencia de la ausencia de precisiones suficientes sobre el contexto fáctico y el régimen normativo que permitan vincular la disposición litigiosa con las normas del Tratado relativas a la competencia. Y es que estas exigencias, constantes en la jurisprudencia, «son especialmente pertinentes en el ámbito de la competencia, que se caracteriza por unas situaciones de hecho y de Derecho complejas».³³ Excluidos estos preceptos, la segunda cuestión prejudicial quedaría limitada a los artículos 43 CE y 49 CE (artículos 49 TFUE y 56 TFUE), esto es, a la compatibilidad de la disposición litigiosa con respecto a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios.

61. Una vez reducida a estos estrictos términos, y en la medida en que hemos concluido que la Directiva de servicios resulta aplicable al caso, no sería necesario dar respuesta a esta segunda cuestión prejudicial. Y es que no hay que olvidar que, de acuerdo con una abundante jurisprudencia,³⁴ las reglas sobre libertades contenidas en el Tratado dejan de aplicarse en aquellos ámbitos que han sido objeto de armonización por el legislador de la Unión.³⁵

62. En todo caso, si se entendiese que la Directiva de servicios no resulta aplicable, un análisis de la disposición litigiosa a la luz del Tratado no diferiría en lo esencial de lo ya indicado en el apartado anterior: el problema seguiría siendo la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada.

63. Desde luego, a una aplicación «directa» del Tratado no podría oponerse el carácter puramente interno de los litigios principales. Bien es cierto que una norma nacional sólo puede «estar comprendida en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a las libertades fundamentales establecidas en el Tratado en la medida en que se aplica a supuestos que guardan relación con los intercambios intracomunitarios». No obstante, la jurisprudencia también viene reconociendo que la respuesta del Tribunal de Justicia a una pregunta sobre la compatibilidad de este tipo de normas con el Tratado puede ser útil para el órgano jurisdiccional remitente cuando la norma en cuestión se aplique de forma indistinta a nacionales y no nacionales.³⁶

31 — Actualmente derogado. Su contenido se ha incorporado a los artículos 3 TFUE a 6 TFUE.

32 — Actualmente derogado. Su contenido se ha incorporado al artículo 4 TUE, apartado 3, relativo a la cooperación leal.

33 — Sentencias de 26 de enero de 1993, Telemarsicabruzzo y otros (C-320/90 a C-322/90, Rec. p. I-393), apartado 7; de 13 de abril de 2000, Lehtonen y Castors Braine (C-176/96, Rec. p. I-2681), apartado 22; de 17 de febrero de 2005, Viacom Outdoor (C-134/03, Rec. p. I-1167), apartado 23; de 23 de noviembre de 2006, Asnef-Equifax y Administración del Estado (C-238/05, Rec. p. I-11125), apartado 23; de 13 de diciembre de 2007, United Pan-Europe Communications Belgium y otros (C-250/06, Rec. p. I-11135), apartado 20; y de 11 de marzo de 2010, Attanasio Group (C-384/08, Rec. p. I-2055), apartado 32.

34 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 1977, Tedeschi (5/77, Rec. p. 1555), apartado 35; de 23 de noviembre de 1989, Parfümeriefabrik 4711 (C-150/88, Rec. p. 3891), apartado 28; de 12 de octubre de 1993, Vanacker y Lesage (C-37/92, Rec. p. I-4947), apartado 9; de 23 de mayo de 1996, Hedley Lomas (C-5/94, Rec. p. I-2553) apartado 18; de 19 de marzo de 1998, Compassion in World Farming (C-1/96, Rec. p. I-1251), apartado 47; de 25 de marzo de 1999, Comisión/Italia (C-112/97, Rec. p. I-1821), apartado 54; de 11 de mayo de 1999, Monsees (C-350/97, Rec. p. I-2921), apartado 24; de 13 de diciembre de 2001, Daimler Chrysler (C-324/99, Rec. p. I-9897), apartado 32; de 22 de octubre de 2002, National Farmers' Union (C-241/01, Rec. p. I-9079), apartado 48; de 24 de octubre de 2002, Linhart y Biffl (C-99/01, Rec. p. I-9375), apartado 18; de 24 de enero de 2008, Roby Profumi (C-257/06, Rec. p. I-189), apartado 14; y de 30 de abril de 2009, Lidl Magyarország (C-132/08, Rec. p. I-3841), apartado 42. Véanse también las conclusiones del Abogado General Geelhoed, presentadas el 4 de julio de 2002, presentadas el 4 de julio de 2002, comunes a los asuntos Comisión/Austria (sentencia de 23 de enero de 2003, C-221/00, Rec. p. I-1007) y Sterbenz y Haug (sentencia de 23 de enero de 2003, C-421/00, C-426/00 y C-16/01, Rec. p. I-1065), punto 45. El Abogado General pone también de relieve una cierta falta de coherencia de la jurisprudencia en relación con este extremo (punto 44).

35 — Esta jurisprudencia resulta, a mi juicio, aplicable al caso, y ello pese a que la Directiva de servicios no encaja bien en el modelo «clásico» de norma armonizadora de la Unión.

36 — Sentencias de 5 de diciembre de 2000, Guimont (C-448/98, Rec. p. I-10663), apartado 21; de 11 de septiembre de 2003, Anomar y otros (C-6/01, Rec. p. I-8621), apartado 39; de 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Rec. p. I-2941), apartado 29; Attanasio Group, antes citada, apartados 23 y 24; y de 1 de junio de 2010, Blanco Pérez y Chao Gómez (C-570/07 y C-571/07, Rec. p. I-4629), apartados 39 y 40.

64. Por lo demás, y a mi juicio, el hecho de que la disposición nacional litigiosa haya sido ya derogada no afecta a la anterior conclusión, pues no puede excluirse que sujetos establecidos en otro Estado miembro hayan podido verse afectados por aquélla durante su periodo de vigencia. Por responder aquí a las alegaciones de inadmisibilidad de la cuestión prejudicial que ha formulado el Gobierno italiano, la respuesta del Tribunal de Justicia es necesaria para resolver los litigios nacionales pendientes, entre los que se encuentran los iniciados por Duomo, GSP e Irtel.

65. En conclusión, y en todo caso con carácter subsidiario, ha de entenderse que los artículos 49 TFUE y 56 TFUE se oponen a una disposición nacional como la litigiosa, que adolece de falta de proporcionalidad en los términos expuestos en los puntos 45 a 50 de las presentes conclusiones.

VI. Conclusión

66. En conclusión, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las preguntas planteadas por el Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia en los siguientes términos:

- «1) Es contraria a los artículos 15 y 16 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, una disposición nacional que establece, salvo para las sociedades en las que el Estado posea una participación mayoritaria:
- la nulidad de la adjudicación del servicio de liquidación y recaudación de tributos y otros ingresos de las entidades locales a empresas que no reúnan el requisito económico de un capital social mínimo de 10 millones de euros totalmente desembolsado;
 - la obligación de las empresas inscritas en el correspondiente Registro de empresas privadas habilitadas para realizar actividades de liquidación y recaudación de los tributos y otros ingresos de las entidades locales, de adecuar su capital social al nivel mínimo mencionado;
 - la prohibición de que se les adjudiquen o de participar en licitaciones para la adjudicación de los servicios de liquidación y recaudación de tributos y otros ingresos de las entidades locales hasta que cumplan la citada obligación de adecuar su capital social.
- 2) Con carácter subsidiario, una disposición nacional como la definida en el punto 1) es contraria a los artículos 49 TFUE y 56 TFUE.»