



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MACIEJ SZPUNAR
presentadas el 3 de septiembre de 2020¹

Asunto C-311/19

BONVER WIN, a.s.
contra
Ministerstvo financí ČR (Ministerio de Hacienda)

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší správní soud (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, República Checa)]

(Procedimiento prejudicial — Libre prestación de servicios — Restricciones — Normativa nacional que prohíbe la explotación de juegos de azar en determinados lugares — Aplicabilidad del artículo 56 TFUE — Elemento transfronterizo)

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší správní soud (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, República Checa) pone de manifiesto que la cuestión jurídica específica de un asunto planteado al Tribunal de Justicia se oculta con frecuencia tras un marco fáctico aparentemente anodino —si no banal— del litigio principal: la obligación de un proveedor de servicios de apuestas de cesar sus actividades en virtud de un decreto municipal que prohíbe la prestación de dichos servicios en una parte determinada de la ciudad en la que está establecido el referido proveedor. Este operador económico alega que tiene clientes procedentes de otro Estado miembro. ¿Basta este hecho para dar lugar a la aplicación de la libre prestación de servicios con arreglo al artículo 56 TFUE?

2. Por tanto, este asunto se sitúa directamente en el núcleo del alcance material de una libertad fundamental del mercado interior.

3. La delimitación de dicho alcance es una cuestión de importancia primordial; es una de las cuestiones más antiguas del Derecho de la Unión, de la que surgen constantemente nuevas ramificaciones. Los hechos subyacentes, aun siendo diversos,² tienen todos ellos en común que se refieren a la propia naturaleza del mercado interior y a la constitución económica de la Unión. Los operadores económicos y sus clientes se basan en el resultado de tales cuestiones, al igual que los Estados miembros. El ámbito de aplicación de las libertades fundamentales determina en qué medida los Estados miembros están vinculados, en lo que se refiere a sus objetivos políticos (nacionales), por el Derecho de la Unión del mercado interior y, en consecuencia, la libertad de la que los operadores

¹ Lengua original: inglés.

² Por ejemplo: discriminación u obstáculo, modalidad de venta o acceso al mercado, situaciones puramente internas.

económicos disfrutan: si en una situación determinada un Estado miembro no queda vinculado, por ejemplo, por la libre prestación de servicios, su margen de actuación potencial es mucho mayor que si sí lo estuviera. Por el contrario, si un Estado miembro sí resulta vinculado, el margen de actuación potencial de los proveedores de servicios y sus destinatarios es enormemente más amplio.

4. El reverso procesal de este aspecto sustantivo es que los asuntos procedentes de órganos jurisdiccionales nacionales en los que todos los hechos del procedimiento principal se circunscriben a un solo Estado miembro no son admisibles en lo que respecta a la interpretación de las libertades fundamentales.

5. En el caso de autos, el Nejvyšší správní soud (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) se pregunta sobre el ámbito de la libre prestación de servicios con arreglo al artículo 56 TFUE en una situación en la que el elemento transfronterizo consiste en que los clientes cruzan la frontera para beneficiarse (si es este el término correcto para referirse a los juegos de azar), en la República Checa, de los servicios en cuestión.

6. En las presentes conclusiones sostendré, en esencia, que esta cuestión está amparada por la libre prestación de servicios con arreglo al artículo 56 TFUE. En este sentido, propondré al Tribunal de Justicia una interpretación tradicional de la libre prestación de servicios y de la jurisprudencia correspondiente. Más concretamente, defenderé ante el Tribunal de Justicia que en la actualidad no es necesario limitar el ámbito de esta libertad fundamental en situaciones en las que las medidas en cuestión se aplican indistintamente de hecho y de Derecho. Así, propondré al Tribunal de Justicia que no ceda a la posible tentación de interpretar el ámbito de aplicación *ratione materiae* del artículo 56 TFUE en un sentido más restringido que anteriormente. En mi opinión, no hay margen para una «jurisprudencia Keck relativa a los servicios»: el Tribunal no debe extraer analogías a partir de dicho asunto.³

II. Marco jurídico

7. En virtud del artículo 50, apartado 4, de la zákon č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách (Ley 202/1990 de loterías y otros juegos similares; en lo sucesivo, «Ley de loterías»), aplicable en 2013, un municipio puede adoptar un acto vinculante de carácter general en forma de decreto que establezca que los juegos de apuestas, loterías y juegos similares solo puedan explotarse en los lugares y momentos previstos en el decreto, o que especifique en qué lugares del municipio y en qué momentos está prohibida la explotación de esas loterías y otros juegos similares, o que prohíba por completo la explotación de loterías y otros juegos similares en todo el municipio.

8. La Ley de loterías define asimismo los juegos de apuestas, loterías y otros juegos similares.

9. De conformidad con el artículo 50, apartado 4, de la Ley de loterías, la ciudad de Děčín (República Checa) publicó el obecně závazná vyhláška č. 3/2013, o regulaci provozování sázkových her, loterií a jiných podobných her (Decreto Municipal 3/2013 sobre la regulación de la explotación de juegos de apuestas, loterías y otros juegos similares). Tal Decreto prohibió la explotación de juegos de apuestas, loterías y otros juegos similares en toda la ciudad con arreglo a la Ley de loterías. Al mismo tiempo, en el anexo 1 del citado Decreto se enumeraron las direcciones concretas en Děčín en las que estaba permitida la explotación de casinos.

³ Sentencia de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard (C-267/91 y C-268/91, EU:C:1993:905).

III. Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales planteadas

10. BONVER WIN, a.s. (en lo sucesivo, «BONVER WIN») es una sociedad mercantil checa que explotaba juegos de azar en la ciudad de Děčín en virtud de una licencia concedida por el Ministerstvo financí ČR (Ministerio de Hacienda, República Checa).

11. Tras la entrada en vigor del Decreto Municipal 3/2013, resultó que las actividades de BONVER WIN infringían dicho Decreto, puesto que sus establecimientos no estaban ubicados en ninguna de las direcciones enumeradas en el anexo del citado Decreto.

12. Mediante resolución de 22 de octubre de 2013, el Ministerio de Hacienda revocó la licencia de BONVER WIN para explotar juegos de azar basándose en que no cumplía el Decreto Municipal 3/2013.

13. BONVER WIN interpuso contra dicha resolución un recurso administrativo, que fue desestimado por resolución del Ministro de Hacienda de 22 de julio de 2014.

14. A continuación, BONVER WIN interpuso un recurso contra la citada resolución ante el Městský soud v Praze (Tribunal Municipal de Praga, República Checa), que fue desestimado. En la fundamentación de su sentencia, dicho tribunal rechazó, entre otros, el argumento de que la normativa nacional fuese contraria al Derecho de la Unión, y afirmó que el Derecho de la Unión no era aplicable a esta situación, ya que la recurrente no había ejercido la libre prestación de servicios.

15. Al no estar de acuerdo con esta línea argumentativa, BONVER WIN interpuso recurso de casación contra dicha sentencia ante el tribunal remitente, es decir, el Nejvyšší správní soud (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo), alegando que el Městský soud v Praze (Tribunal Municipal de Praga) había cometido un error al no aplicar el Derecho de la Unión. A juicio de BONVER WIN, las disposiciones del Decreto Municipal 3/2013, en relación con lo dispuesto en la Ley de loterías, son contrarias al Derecho de la Unión.

16. De conformidad con la normativa procesal nacional, el asunto objeto del procedimiento principal fue asignado inicialmente a la Sala Quinta del Nejvyšší správní soud (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo), que consideró que la libre prestación de servicios con arreglo al Derecho de la Unión es aplicable al caso de autos, ya que algunos de los clientes de BONVER WIN proceden de otros Estados miembros. En consecuencia, dicha Sala no apreció, en principio, la necesidad de remitir el asunto al Tribunal de Justicia.

17. Sin embargo, habida cuenta de que en casos comparables otras salas del Nejvyšší správní soud (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) habían llegado a la conclusión de que el Derecho de la Unión en general —y la libre prestación de servicios en particular— no era aplicable,⁴ la Sala Quinta decidió, conforme a la normativa procesal nacional, remitir la cuestión a la Sala Ampliada del Nejvyšší správní soud (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo), a efectos de modificar la jurisprudencia —errónea, en opinión de la Sala Quinta— de las otras salas.

18. La Sala Ampliada decidió, por su parte, plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

19. La Sala Ampliada parte de la premisa de que el presente asunto versa sobre una posible restricción de la libertad de los clientes de recibir servicios y no sobre una posible restricción de la libertad de prestar servicios por su proveedor, que es una sociedad checa domiciliada en ese Estado miembro. El tribunal remitente observa que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que los servicios que un proveedor establecido en un Estado miembro presta, sin desplazarse, a un

⁴ Al parecer, sin haber planteado la cuestión al Tribunal de Justicia.

destinatario establecido en otro Estado miembro constituyen una prestación transfronteriza de servicios y que dichos destinatarios incluyen también a los turistas o a las personas que viajan por motivos de estudio. Además, dicho tribunal considera que una normativa nacional, como la legislación checa en el caso de autos, que es aplicable indistintamente a los nacionales de ese Estado miembro y a los de otros Estados miembros, solo puede estar comprendida, por regla general, en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la medida en que se aplique a situaciones vinculadas al comercio entre los Estados miembros.

20. Por otra parte, el tribunal remitente estima que, aunque el Tribunal de Justicia ha aclarado la aplicabilidad del artículo 56 TFUE a situaciones en las que un proveedor ofrece sus servicios por teléfono o por Internet y a situaciones relativas a grupos de turistas destinatarios de servicios, aún no ha determinado con precisión si dicho artículo es aplicable simplemente porque un grupo de nacionales de otro Estado miembro pueda obtener u obtenga, en un Estado miembro determinado, un servicio que es prestado principalmente a nacionales. A este respecto, el tribunal remitente señala que no comparte la conclusión de que la visita ocasional, incluso efectuada por un solo nacional de otro Estado miembro, a un establecimiento que presta determinados servicios implique automáticamente la aplicabilidad del artículo 56 TFUE a toda normativa nacional que regule en general ese sector nacional de servicios.

21. Por otra parte, el tribunal remitente pregunta si no sería preciso establecer, en el ámbito de la libre prestación de servicios, una norma *de minimis* basada en la existencia de un vínculo suficiente entre la normativa controvertida y la libre prestación de servicios. A su juicio, una normativa no discriminatoria aplicable en la esfera municipal no está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE.

22. En este contexto, mediante resolución de 21 de marzo de 2019, recibida en el Tribunal de Justicia el 16 de abril de 2019, el Nejvyšší správní soud (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) planteó las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Son aplicables los artículos 56 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a una normativa nacional (un acto vinculante de aplicación general en forma de decreto municipal) que prohíbe un determinado servicio en una parte de un municipio, simplemente porque algunos de los clientes de un prestador de servicios afectado por dicha normativa pueden proceder o proceden de otro Estado miembro de la Unión Europea?

En caso afirmativo, ¿es suficiente, para que sea aplicable el artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, limitarse a invocar la posible presencia de clientes de otro Estado miembro o está el prestador de servicios obligado a demostrar la prestación efectiva de servicios a clientes procedentes de otros Estados miembros?

2) ¿Es de algún modo relevante para la respuesta a la primera cuestión prejudicial que:

- a) la posible restricción de la libre prestación de servicios sea considerablemente limitada, tanto en términos geográficos como materiales (posible aplicabilidad de una excepción *de minimis*);
- b) no parezca que la normativa nacional regule de manera diferente, de hecho o de Derecho, la situación de las entidades que prestan servicios principalmente a ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea, por un lado, y la de las entidades que se centran en la clientela nacional, por otro?»

23. Han presentado observaciones escritas la República Checa, Hungría y la Comisión Europea. BONVER WIN, la República Checa, el Reino de los Países Bajos y la Comisión Europea participaron en la vista, que se celebró el 12 de marzo de 2020.

IV. Apreciación

24. Mediante las dos cuestiones planteadas, a las que procede dar una única respuesta, el tribunal remitente desea saber, en esencia, si la libre prestación de servicios prevista en el artículo 56 TFUE es aplicable a una situación en la que una sociedad establecida en un Estado miembro, a raíz de la entrada en vigor de una normativa local que determina los lugares en que puede realizar su actividad, pierde la autorización para ejercer dicha actividad, basando la aplicación de dicha libertad en que algunos de sus clientes proceden de un Estado miembro distinto de aquel en que está establecida tal sociedad. A este respecto, el tribunal remitente desearía saber si el carácter no discriminatorio de dicha normativa y la existencia de una norma *de minimis* en el ámbito de la libre prestación de servicios son pertinentes para dicha respuesta.

25. Además, queda claro, a la vista del tenor de las cuestiones prejudiciales, que el tribunal remitente es plenamente consciente de que, en el caso de que el presente asunto esté comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE, no cabe duda alguna acerca de la existencia de una restricción y que correspondería a la República Checa justificarla.

A. Estructuración de la cuestión — sobre la admisibilidad

26. A diferencia de lo que podría parecer a primera vista, la admisibilidad del presente asunto está fuera de toda duda.

27. A fin de demostrar este extremo y entrar en el núcleo de la cuestión planteada por el tribunal remitente, estimo necesario examinar brevemente los antecedentes históricos del fenómeno que se denomina en la actualidad una «situación puramente interna».

28. Según reiterada jurisprudencia, es bien sabido que las disposiciones del Tratado FUE en materia de libre prestación de servicios no son aplicables a una situación en la que todos los elementos están circunscritos al interior de un único Estado miembro.⁵ Sin embargo, en la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre situaciones puramente internas, deben diferenciarse los dos niveles de fondo y admisibilidad.

⁵ Véase la sentencia de 15 de noviembre de 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874), apartado 47.

1. Desde el fondo ...

29. La génesis jurisprudencial⁶ de la norma puramente interna se encuentra en una serie de sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia a partir de finales de los años 1970, todas ellas en torno a la época de la sentencia Rewe-Zentral⁷ («Cassis de Dijon»): las sentencias Koestler,⁸ Knoors,⁹ Auer,¹⁰ Debauve y otros¹¹ y Saunders.¹² Mientras que, en la sentencia Knoors,¹³ «se emitió un fallo en un contexto muy restringido»¹⁴ relativo a la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, y las sentencias Koestler¹⁵ y Auer¹⁶ se referían a una situación transfronteriza, el Tribunal de Justicia aplicó la norma puramente interna en el asunto Saunders.¹⁷

30. Esta última sentencia citada se refería a la libre circulación de los trabajadores en virtud del actual artículo 45 TFUE. Un nacional británico, tras ser declarado culpable de un delito, fue condenado a trasladarse de Inglaterra a Irlanda del Norte y no regresar a Inglaterra o Gales. Por consiguiente, todos los hechos se circunscribían al Reino Unido. En tal situación, resultó bastante sencillo para el Tribunal de Justicia declarar que el artículo 45 TFUE¹⁸ «no se orienta [...] a limitar la competencia de los Estados miembros para establecer, en su propio territorio, restricciones a la libre circulación de todas las personas sometidas a su jurisdicción, en cumplimiento de las leyes penales nacionales»¹⁹ y que «las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación de los trabajadores no pueden aplicarse a situaciones puramente internas de un Estado miembro, es decir, cuando no exista ningún punto de conexión con alguna de las situaciones que contempla el Derecho [de la Unión]».²⁰

31. Este novedoso²¹ hallazgo interpretativo se entremezcló acto seguido con las demás libertades fundamentales. Poco después de la sentencia Saunders,²² el Tribunal de Justicia declaró, en el asunto Debauve y otros²³ que «las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios no pueden aplicarse a las actividades en las que todos los elementos que las integran están confinados en el interior de un solo Estado miembro». Sin embargo el Tribunal de Justicia concluyó que los hechos del asunto en cuestión se referían a una situación transfronteriza.

6 Tomo prestado este término de Arena, A., «The Wall Around EU Fundamental Freedoms: the Purely Internal Rule at the Forty-Year Mark», *Yearbook of European Law*, 2019, vol. 38, pp. 153 a 219, en particular p. 163.

7 Sentencia de 20 de febrero de 1979 (120/78, EU:C:1979:42).

8 Sentencia de 24 de octubre de 1978 (15/78, EU:C:1978:184).

9 Sentencia de 7 de febrero de 1979 (115/78, EU:C:1979:31).

10 Sentencia de 7 de febrero de 1979 (136/78, EU:C:1979:34).

11 Sentencia de 18 de marzo de 1980 (52/79, EU:C:1980:83).

12 Sentencia de 28 de marzo de 1979 (175/78, EU:C:1979:88).

13 Sentencia de 7 de febrero de 1979 (115/78, EU:C:1979:31), apartado 24: «las disposiciones del Tratado en materia de establecimiento y de prestación de servicios no pueden aplicarse a situaciones puramente internas de un Estado miembro».

14 En las palabras del Abogado General en las conclusiones presentadas en el asunto Saunders (175/78, no publicadas, EU:C:1979:63, p. 1141).

15 Véase la sentencia de 24 de octubre de 1978 (15/78, EU:C:1978:184), apartado 3.

16 Véase la sentencia de 7 de febrero de 1979 (136/78, EU:C:1979:34).

17 Véase la sentencia de 28 de marzo de 1979 (175/78, EU:C:1979:88), apartado 10.

18 Antiguo artículo 48 del Tratado CEE.

19 Véase la sentencia de 28 de marzo de 1979, Saunders (175/78, EU:C:1979:88), apartado 10.

20 Véase la sentencia de 28 de marzo de 1979, Saunders (175/78, EU:C:1979:88), apartado 11. Sin embargo, es interesante señalar que el Abogado General abordó en dicho asunto la cuestión de las situaciones puramente internas, pero llegó a una conclusión distinta de la del Tribunal de Justicia, que le llevó a analizar los actos nacionales en cuestión desde el punto de vista de la libre circulación de los trabajadores; véanse las conclusiones del Abogado General Warner presentadas en el asunto Saunders (175/78, no publicadas, EU:C:1979:63).

21 En asuntos anteriores, como la fundamental sentencia de 15 de julio de 1964, Costa (6/64, EU:C:1964:66), por ejemplo, el Tribunal de Justicia no apreció, al parecer, la necesidad de analizar la cuestión de una situación puramente interna.

22 Sentencia de 28 de marzo de 1979 (175/78, EU:C:1979:88).

23 Sentencia de 18 de marzo de 1980 (52/79, EU:C:1980:83), apartado 9.

32. Siempre estuvo claro y fuera de toda duda que estos primeros asuntos trataban de una cuestión de *fondo*: la aplicabilidad material de las libertades fundamentales del Tratado requiere el llamado elemento transfronterizo. Las situaciones puramente internas no están comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* de las libertades fundamentales, ya que la finalidad de las mismas es liberalizar los intercambios *entre* los Estados miembros.

2. ... a la admisibilidad

33. La consecuencia procesal lógica de que las situaciones puramente internas estén excluidas del ámbito de aplicación de las libertades fundamentales es que el Tribunal de Justicia carece de competencia para responder a cuestiones de ese tipo, lo que entraña la inadmisibilidad de las remisiones prejudiciales derivadas de asuntos que tengan por objeto situaciones puramente internas.²⁴ El Derecho de la Unión simplemente no se aplica a una situación de ese tipo.

34. Sin embargo, a lo largo de los años, se han dado muchos casos en los que el Tribunal de Justicia ha respondido a cuestiones derivadas de un procedimiento nacional en el que todos los hechos se circunscribían a un solo Estado miembro.

35. No es necesario ya resumir y sintetizar esta jurisprudencia, puesto que, no hace mucho tiempo, fue resumida y clasificada en la sentencia Ullens de Schooten:²⁵ los asuntos procedentes de situaciones puramente internas son, sin embargo, *admisibles*²⁶ a efectos de remisión prejudicial en cuatro situaciones específicas. Tales situaciones se indican a continuación: 1) no cabía excluir que nacionales establecidos en otros Estados miembros hubieran estado o estuvieran interesados en hacer uso de esas libertades para ejercer actividades en el territorio del Estado miembro que aprobó la normativa nacional en cuestión y, por lo tanto, que esta normativa, aplicable indistintamente a los nacionales de ese Estado y a los nacionales de otros Estados miembros, pudiera producir efectos que no estuvieran circunscritos a ese Estado miembro;²⁷ 2) cuando el órgano jurisdiccional remitente plantea una petición de decisión prejudicial en el marco de un procedimiento de anulación de disposiciones aplicables no solo a los nacionales de un Estado miembro, sino también a los nacionales de los demás Estados miembros, la resolución que ese órgano jurisdiccional adopte a raíz de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia con carácter prejudicial producirá también efectos en relación con esos últimos nacionales;²⁸ 3) cuando la interpretación de las libertades fundamentales resulta pertinente en caso de que el Derecho nacional obligue al órgano jurisdiccional remitente a conceder a un nacional del Estado miembro al que pertenezca dicho órgano jurisdiccional los mismos derechos que el Derecho de la Unión reconoce a un nacional de otro Estado miembro que se halle en la misma situación,²⁹ y 4) cuando las disposiciones del Derecho de la Unión han sido declaradas aplicables por la legislación nacional, que se atiene, para resolver situaciones cuyos elementos están circunscritos al interior de un único Estado miembro, a las soluciones adoptadas por el Derecho de la Unión.³⁰

24 Aun a riesgo de ser acusado de heterodoxia, para simplificar utilizo los términos «competencia» y «admisibilidad» de manera indistinta. Esto no significa que no conozca la diferencia jurídica entre ambos términos: la competencia es objetiva y se refiere a la capacidad jurídica del Tribunal de Justicia para dictar sentencia, mientras que la admisibilidad incluye un elemento subjetivo en cuanto puede ser determinada en parte por el órgano jurisdiccional remitente. En efecto, un asunto solo es admisible si el tribunal nacional ha respetado las normas procesales pertinentes al remitir un asunto al Tribunal de Justicia y ha motivado debidamente la necesidad de la remisión. A este respecto, comparto plenamente las conclusiones del Abogado General presentadas en el asunto Gullotta y Farmacia di Gullotta Davide & C. (C-497/12, EU:C:2015:168), puntos 21 y 25, en las que se formula una observación similar, al tiempo que se subraya que no debería insistirse demasiado en la diferencia entre los dos términos.

25 Véase la sentencia de 15 de noviembre de 2016 (C-268/15, EU:C:2016:874), apartados 50 a 53. Para un resumen exhaustivo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes de dicha sentencia, véanse las conclusiones del Abogado General Wahl presentadas en los asuntos acumulados Venturini y otros (C-159/12 a C-161/12, EU:C:2013:529).

26 Véanse también, en este sentido, mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados X y Visser (C-360/15 y C-31/16, EU:C:2017:397), punto 115.

27 Véase la sentencia de 15 de noviembre de 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874), apartado 50.

28 Véase la sentencia de 15 de noviembre de 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874), apartado 51.

29 Véase la sentencia de 15 de noviembre de 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874), apartado 52.

30 Véase la sentencia de 15 de noviembre de 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874), apartado 53.

3. Aplicación al presente asunto: la situación de BONVER WIN

36. Volviendo al presente asunto, resulta fuertemente tentador contestar, como propone la Comisión, que incumbe al tribunal remitente determinar si existe un elemento transfronterizo en el caso de autos.

37. Sin embargo, sería un error.

38. En sus cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional va más allá. No pretende que se dilucide si el Tribunal de Justicia ha de responder a la cuestión (lo cual, en todo caso, sería una extraña pregunta para plantear al Tribunal) sino si la libre prestación de servicios prevista en el artículo 56 TFUE no debe aplicarse a situaciones que presentan de manera clara un elemento transfronterizo. En otras palabras, el órgano jurisdiccional remitente solicita orientación sobre el *ámbito de aplicación* del artículo 56 TFUE. Desea llegar a la raíz de las «situaciones puramente internas» y, a mi parecer, pregunta si procede adoptar un concepto más amplio de las situaciones puramente internas que el aplicado hasta ahora.

39. Por consiguiente, es una cuestión de fondo y no de admisibilidad.

40. Por último, quisiera destacar que la admisibilidad del presente asunto se desprende ya de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Trijber y Harmsen*.³¹ En ese asunto, el Sr. Trijber solicitó una autorización para organizar viajes por barco en Ámsterdam (Países Bajos). Según el Tribunal de Justicia, para la admisibilidad del asunto es suficiente que «*los nacionales de otros Estados miembros también pueden ser destinatarios de dicho servicio* y que el régimen controvertido puede obstaculizar el acceso al mercado de todos los prestadores, incluidos aquellos procedentes de otros Estados miembros que deseen establecerse en los Países Bajos con el fin de ofrecer tal servicio».³²

41. En otros términos, el Tribunal de Justicia fundamentó la admisibilidad del asunto, *inter alia*, en que los *destinatarios* del servicio procedían de otros Estados miembros.³³ La razón de la admisibilidad del asunto estribaba en el hecho de que los destinatarios de los servicios en cuestión no procedían del Estado miembro en el que se ofrecían los servicios. En el caso de autos se presenta una situación semejante.

42. En resumen, en cuanto a la admisibilidad del presente asunto, el Tribunal de Justicia no puede —y no debe— basarse en la sentencia *Ullens de Schooten*³⁴ para responder al órgano jurisdiccional remitente, pues el asunto es claramente admisible.

³¹ Sentencia de 1 de octubre de 2015 (C-340/14 y C-341/14, EU:C:2015:641).

³² Véase la sentencia de 1 de octubre de 2015, *Trijber y Harmsen* (C-340/14 y C-341/14, EU:C:2015:641), apartado 41. El subrayado es mío.

³³ Así pues, la sentencia de 1 de octubre de 2015, *Trijber y Harmsen* (C-340/14 y C-341/14, EU:C:2015:641) presenta un giro interesante: tras determinar que ciertas situaciones *no* eran de naturaleza puramente interna, el Tribunal de Justicia se abstuvo de responder a las cuestiones *sustantivas* del órgano jurisdiccional remitente, que precisamente buscaban dilucidar si las disposiciones 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 (DO 2006, L 376, p. 36; en lo sucesivo, «Directiva de servicios») en materia de libertad de establecimiento de los proveedores de servicios eran aplicables a situaciones puramente internas. El Tribunal de Justicia solo respondió a esta cuestión posteriormente en la sentencia de 30 de enero de 2018, *X y Visser* (C-360/15 y C-31/16, EU:C:2018:44). Y lo hizo en sentido afirmativo.

³⁴ Véase la sentencia de 15 de noviembre de 2016 (C-268/15, EU:C:2016:874).

B. Sobre el fondo

43. Así pues, entremos en el fondo del presente asunto y el ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE.³⁵

1. Ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE

44. Como observación preliminar, procede señalar que el caso de autos se refiere únicamente al ámbito de aplicación *ratione materiae* de la libre prestación de servicios con arreglo al Tratado FUE. No tiene por objeto la compatibilidad general de la medida nacional con la libre prestación de servicios. Dicho de otro modo, el único extremo que el tribunal remitente pretende esclarecer con la ayuda del Tribunal de Justicia es si existe una *restricción* a efectos del artículo 56 TFUE (lo que sucedería si la situación estuviera comprendida en el ámbito de aplicación del referido artículo) y no si, además, una restricción estaría *justificada* por una razón imperiosa de interés general.

45. De conformidad con el artículo 56 TFUE, en el marco de las disposiciones del capítulo relativo a los servicios del Tratado FUE, están 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.

46. Esta disposición, que constituye la norma fundamental o *Grundnorm*³⁶ de la libre prestación de servicios en el mercado interior y que ha sido completada por diversas normas de Derecho derivado, en particular la Directiva de servicios, ha recorrido un largo camino en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Si bien fue concebida en el Tratado como una libertad fundamental residual,³⁷ el Tribunal de Justicia la calificó desde una fase temprana como «principio fundamental del Tratado».³⁸ Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha reconocido el efecto directo de esta libertad fundamental³⁹ y que comprende también las medidas aplicables de forma indistinta.⁴⁰ El artículo 56 TFUE, al igual que los artículos 34 TFUE, 45 TFUE y 49 TFUE, pretende eliminar los obstáculos al comercio y no las meras discriminaciones entre los operadores nacionales y extranjeros. Al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia ha permitido a los Estados miembros utilizar motivos de justificación no escritos para restringir la libre prestación de servicios, basándose en razones imperiosas de interés general. Por otra

35 El caso de autos ha de analizarse a la luz de las disposiciones del Tratado. La Directiva de servicios no se aplica a las actividades de juegos de azar; véase el artículo 2, apartado 2, letra h), de la citada Directiva. Si las actividades de juegos de azar hubieran estado cubiertas por la Directiva, no se habría planteado la cuestión del órgano jurisdiccional remitente, ya que el capítulo relativo al establecimiento de proveedores de servicios se aplica *ratione materiae* a situaciones puramente internas; véase la sentencia de 30 de enero de 2018, X y Visser (C-360/15 y C-31/16, EU:C:2018:44).

36 Según la terminología de Müller-Graff, P.-Chr., en Streinz, R. (ed.), *EUV/AEUV Kommentar*, C. H. Beck, Múnich, 3.ª edición, 2018, Artikel 56 AEUV, apartado 1.

37 Véase el artículo 57 TFUE, según el cual, con arreglo a los Tratados, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. El Tribunal de Justicia ha declarado a este respecto que están comprendidas en el concepto de «servicios» las prestaciones que no se rigen por otras libertades, con el fin de garantizar que toda actividad económica esté incluida en el ámbito de las libertades fundamentales, de lo que deduzco que no tiene carácter subsidiario, sino que se trata de una libertad fundamental residual. Véanse mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados X y Visser (C-360/15 y C-31/16, EU:C:2017:397), punto 88.

38 Véase la sentencia de 17 de diciembre de 1981, Webb (279/80, EU:C:1981:314), apartado 17.

39 Véase la sentencia de 3 de diciembre de 1974, van Binsbergen (33/74, EU:C:1974:131), apartado 27.

40 La libre prestación de servicios prevista en el artículo 56 TFUE no solo exige eliminar toda discriminación por razón de nacionalidad en perjuicio de los proveedores de servicios establecidos en otros Estados miembros, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros. Ello constituye jurisprudencia reiterada desde la sentencia de 25 de julio de 1991, Säger (C-76/90, EU:C:1991:331), apartado 12. Véanse, además, las sentencias de 18 de julio de 2013, Citroën Belux (C-265/12, EU:C:2013:498), apartado 35, y de 8 de septiembre de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International (C-42/07, EU:C:2009:519), apartado 51. En la sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411), apartado 37, aunque versaba sobre la libertad de establecimiento, el Tribunal de Justicia no se refirió únicamente a esa libertad específica: «las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado». El subrayado es mío.

parte, el Tribunal de Justicia ha declarado —lo que resulta crucial en el presente asunto— que la libre prestación de servicios beneficia tanto al prestador como al destinatario de servicios.⁴¹ Esta evolución de la libre prestación de servicios se ha producido en paralelo a la transición de las sociedades y economías de los Estados miembros desde la industria a los servicios.

47. Es más difícil determinar si existe una situación transfronteriza en materia de libre prestación de servicios que en el caso de la libre circulación de los trabajadores o la libertad de establecimiento⁴² y ha sido necesario cierto tiempo para que se acepten comúnmente cuatro posibles situaciones transfronterizas⁴³ en las que se aplica la libre prestación de servicios. En primer lugar, la situación en la que el proveedor de servicios atraviesa la frontera a fin de ofrecer los servicios.⁴⁴ Este supuesto es sin duda el paradigma⁴⁵ del artículo 56 TFUE y está reflejado con claridad en su tenor literal. En segundo lugar, la situación en la que el destinatario de la prestación atraviesa la frontera para recibir los servicios.⁴⁶ En tercer lugar, los supuestos en que tanto el proveedor del servicio como el destinatario cruzan una frontera y, acto seguido, se presta el servicio.⁴⁷ Y, en cuarto lugar, los casos en que el propio servicio traspasa la frontera.⁴⁸

48. Además, a diferencia de otras libertades fundamentales como la libre circulación de los trabajadores o incluso las normas sobre ciudadanía de la Unión, no es la nacionalidad sino el establecimiento⁴⁹ de las personas afectadas lo que determina el elemento transfronterizo.⁵⁰

49. Por lo que respecta más concretamente a la segunda situación en la que el destinatario cruza la frontera a fin de beneficiarse del servicio, tanto las restricciones que afectan al proveedor del servicio como las que afectan a los destinatarios están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE. El motivo de que las restricciones relativas al proveedor del servicio se rijan por el artículo 56 TFUE consiste en que entrañan inexorablemente restricciones para los destinatarios.

50. En consecuencia, una restricción puede proceder del Estado miembro del proveedor del servicio o del Estado miembro del destinatario del servicio. El Tratado trata de la misma forma ambas restricciones. Esto es totalmente lógico. Mientras que para la libre circulación de mercancías, por ejemplo, el Tratado introduce acertadamente una distinción entre importaciones⁵¹ y exportaciones⁵² y, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es más estricto (con bastante razón) respecto a las

41 Véanse las sentencias de 31 de enero de 1984, *Luisi y Carbone* (286/82 y 26/83, EU:C:1984:35), apartado 16, y de 8 de septiembre de 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International* (C-42/07, EU:C:2009:519), apartado 51.

42 Esta opinión es compartida también por Ranzelzhofer, A., Forsthoft, U., en Grabitz, E., Hilf, M. y Nettesheim, M., *Das Recht der Europäischen Union*, 57. actualizado en febrero de 2020, C.H.Beck, Múnich, Art. 56, Art. 57 AEUV, apartado 3.

43 Son básicamente análogas a la definición de «comercio de servicios» recogida en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios adjunto al Acuerdo por el que se establece la OMC (en lo sucesivo, «AGCS»). De conformidad con la definición contenida en el artículo 1, apartado 2, del AGCS, el comercio de servicios comprende cuatro formas de suministro de servicios: 1) los suministros transfronterizos que no implican el desplazamiento de personas; 2) el consumo en el extranjero, que supone el desplazamiento del consumidor al territorio del país miembro de la OMC en el que está establecido el proveedor; 3) la presencia comercial, es decir, la presencia de una filial o sucursal en el territorio del país miembro de la OMC en que ha de prestarse el servicio; 4) la presencia de personas físicas de un país miembro de la OMC, que permite a un proveedor de un país miembro prestar servicios en el territorio de cualquier otro miembro.

44 Esta situación se denomina libre circulación de servicios «activa».

45 Véanse las conclusiones del Abogado General Lenz presentadas en el asunto *Cowan* (186/87, no publicadas, EU:C:1988:526), punto 14.

46 Esta situación se denomina libre circulación de servicios «pasiva». Sobre este concepto, véase Völker, St., *Passive Dienstleistungsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 1990, pp. 61 y ss.

47 Como ejemplo típico cabe citar a los grupos de turistas que cruzan una frontera junto con un guía.

48 En particular, mediante sistemas de telecomunicación o Internet.

49 Véase, también, el tenor del artículo 56 TFUE.

50 Al contrario de lo que sucede con la libre circulación de los trabajadores y la libertad de establecimiento, en la libre prestación de servicios el elemento transfronterizo requerido no se determina en función del titular de la libertad, sino de la relación de servicio. En particular, la libre prestación de servicios no queda excluida porque los destinatarios o proveedores de los servicios tengan la misma nacionalidad. Véase, con mayor detalle, Ranzelzhofer, A. y Forsthoft, U., *op. cit.*

51 Véase el artículo 34 TFUE.

52 Véase el artículo 35 TFUE.

importaciones,⁵³ tal distinción no existe en el caso de la libre prestación de servicios por la sencilla razón de que es más difícil establecer una diferenciación conceptual entre «importaciones» y «exportaciones». Como se verá más adelante, la presente remisión prejudicial es un buen ejemplo en este sentido.

51. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha afirmado que «la libre prestación de servicios de transporte marítimo entre Estados miembros [...] puede ser invocada por una empresa con respecto al Estado en que esté establecida, siempre que los servicios se presten a destinatarios establecidos en otro Estado miembro».⁵⁴

52. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha señalado, en relación con la práctica habitualmente conocida como «cold-calling» (llamadas en frío), es decir, ponerse en contacto por teléfono con particulares sin su previo consentimiento por escrito para ofrecerles servicios financieros, que «la aplicabilidad de las disposiciones en materia de libre prestación de servicios no [está] supeditada a la previa existencia de un destinatario determinado».⁵⁵ El Tribunal motivó también su decisión de este modo: «La libre prestación de servicios sería ilusoria si las normativas nacionales pudieran libremente crear obstáculos a las ofertas de servicios».⁵⁶ Así, ya la preparación de la prestación de un servicio está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE.⁵⁷

53. El Tribunal de Justicia ha declarado también que una restricción potencial es suficiente para que la cuestión quede incluida en el ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE.

54. A modo de resumen, desearía citar las conclusiones del Abogado General Bobek presentadas en el asunto TÜV Rheinland LGA Products y Allianz IARD⁵⁸ en las que afirmó con razón: «La potencialidad transfronteriza se queda en el ámbito de la hipótesis razonable; por ejemplo, en materia de servicios, el hecho de que algunos *destinatarios de un servicio* puedan proceder de otro Estado miembro basta para que operen las normas del Tratado sobre los servicios».

2. Aplicación al presente asunto: la situación de BONVER WIN

55. Esto nos lleva al caso de autos y a las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal remitente.

56. En virtud del análisis precedente, parece que el presente asunto queda comprendido con claridad en el ámbito del artículo 56 TFUE: existe un proveedor de servicios establecido en la República Checa que presta sus servicios, entre otros, a clientes establecidos habitualmente en Alemania que cruzan la frontera checo-alemana a fin de disfrutar de tales servicios.

57. Además, existe una restricción a las actividades de BONVER WIN: el hecho de que ya no pueda desarrollar sus actividades en el mismo lugar que antes se ajusta sin duda a lo establecido en la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia a este respecto. En consecuencia, la capacidad de los clientes de BONVER WIN de disfrutar de los servicios también resulta restringida. Si BONVER WIN ha de cesar sus actividades en la parte de la ciudad en la que estaba establecida, los clientes no podrán ya jugarse su dinero allí.

53 Por cierto, la jurisprudencia derivada de la sentencia Keck y Mithouard (sentencia de 24 de noviembre de 1993, C-267/91 y C-268/91, EU:C:1993:905), de la que me ocuparé en detalle más adelante, se aplica solo a las importaciones. Fue dictada en virtud del precepto que en la actualidad es el artículo 34 TFUE y solo es pertinente en el marco de medidas aplicables indistintamente de hecho y de Derecho. En cambio, el artículo 35 TFUE solo se aplica a medidas discriminatorias.

54 Véase la sentencia de 17 de mayo de 1994, Corsica Ferries (C-18/93, EU:C:1994:195), apartado 30.

55 Véase la sentencia de 10 de mayo de 1995, Alpine Investments (C-384/93, EU:C:1995:126), apartado 19.

56 *Ibidem*.

57 Véase también, en este sentido, Müller-Graff, P.-Chr., *op. cit.*, y Holoubek, M., en Schwarze, J., Becker, U., Hatje, A. y Schoo, J. (eds.), *EU-Kommentar*, 4.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, Art. 57 AEUV, apartado 42.

58 C-581/18, EU:C:2020:77, punto 30. El subrayado es mío.

58. La circunstancia de que la restricción sea impuesta por el Estado miembro de origen,⁵⁹ desde el punto de vista del proveedor del servicio, BONVER WIN, carece de relevancia a estos efectos. El Tribunal de Justicia puede invocar a estos efectos su sentencia *Alpine Investments*⁶⁰ en la que afirmó que la libre prestación de servicios prevista en el Tratado «prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la [Unión] en general» y, en consecuencia, dicha libertad «no solo comprende las restricciones establecidas por el Estado de acogida, sino también las establecidas por el Estado de origen».

59. En virtud de esta constatación, podría afirmar: caso cerrado.

3. *¿Es preciso limitar el ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE?*

60. Sin embargo, hay otros dos factores que intervienen en el presente asunto: en primer lugar, el hecho de que la persona a la que se dirige la restricción no es el destinatario del servicio que, al cruzar la frontera, propicia la aplicación del artículo 56 TFUE, sino el proveedor del servicio y, en segundo lugar, la prevención expresada por el juez nacional de que los clientes alemanes sean únicamente una posibilidad hipotética y la cuestión conexa de una norma *de minimis*.

a) *Un destinatario de servicios que propicia la aplicación del artículo 56 TFUE al proveedor*

61. No alcanzo a comprender cómo la circunstancia de que el destinatario del servicio sea quien cruza la frontera deba modificar en modo alguno mi constatación. La cuestión del ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE es de carácter objetivo en el sentido de que o bien concurre —si se cumplen determinados requisitos— o bien no.

62. Esta cuestión debe distinguirse de la de determinar si en esa situación el proveedor del servicio puede *invocar* el artículo 56 TFUE frente a su propio Estado miembro, es decir, si puede obtener un derecho semejante a un derecho económico fundamental.

63. La respuesta a esta segunda cuestión es afirmativa.

64. Como se ha demostrado antes, la libertad del destinatario de recibir los servicios no es más que la otra cara de la moneda de la libre prestación de servicios por parte del proveedor. En tal situación, sería extraño que, por ejemplo, solo los clientes polacos o alemanes de BONVER WIN pudieran invocar el artículo 56 TFUE en un procedimiento ante los tribunales checos, mientras que la propia BONVER WIN no pudiera hacerlo. A este respecto, procede establecer una analogía con la decisión del Tribunal de Justicia en materia de libre circulación de los trabajadores con arreglo al artículo 45 TFUE en el asunto *Clean Car Autoservice*,⁶¹ en la que el Tribunal de Justicia señaló que la libre circulación de trabajadores, consagrada en el artículo 45 TFUE, puede ser invocada por un empresario con el fin de emplear, en el Estado miembro en el que está establecido, a trabajadores que son nacionales de otro Estado miembro.

⁵⁹ Y no por el Estado miembro de destino.

⁶⁰ Véase la sentencia de 10 de mayo de 1995 (C-384/93, EU:C:1995:126), apartado 30.

⁶¹ Sentencia de 7 de mayo de 1998 (C-350/96, EU:C:1998:205), apartado 25.

b) *¿Una jurisprudencia Keck en el ámbito de los servicios?*

65. Es evidente que esta constatación implica que, en el estado actual de la legislación, el ámbito de aplicación *ratione materiae* es muy amplio, lo que suscita el interrogante de si el Tribunal de Justicia debería estudiar la introducción de una limitación, tal como hizo en la sentencia Keck y Mithouard⁶² en 1993 con respecto a la libre circulación de mercancías. La línea argumental a favor de tal limitación sería la siguiente: al igual que en el asunto Keck y Mithouard,⁶³ el caso de autos versa sobre una medida aplicable de modo indistinto, de hecho y de Derecho, a la libre prestación de servicios y a la correspondiente libertad de recibir dichos servicios. Por tanto, no existe ningún elemento discriminatorio: desde el punto de vista del proveedor del servicio, cualquier empresa extranjera que desee establecerse en Děčín con el fin de ofrecer actividades de apuestas se encuentra exactamente en la misma posición que BONVER WIN y no podría ejercer sus actividades en esa ubicación específica de la ciudad. Por otro lado, en lo que atañe a los destinatarios del servicio, ninguno de ellos —ya sea checo o extranjero— puede disfrutar de servicios de juegos de azar en esa concreta ubicación de la ciudad. Suponiendo que el concepto de «cierta modalidad de venta», tal como fue desarrollado en la sentencia Keck y Mithouard,⁶⁴ signifique en realidad el acceso al mercado de una empresa con el fin de vender mercancías o, en el presente asunto, ofrecer sus servicios, ¿por qué no excluir del ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE esas medidas aplicables de modo indistinto, de hecho y de Derecho, que no obstaculizan el acceso al mercado de los proveedores de servicios de otros Estados miembros?

66. Esta pregunta afecta al núcleo de la constitución económica de la Unión y al concepto de qué es y qué debe ser una restricción al comercio transfronterizo.

67. Quisiera responder a cualesquiera argumentos en apoyo de la idea de introducir una norma de este tipo en la libre prestación de servicios prevista en el artículo 56 TFUE con una rotunda negativa.

68. En primer lugar, en el estado actual de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no encuentro ninguna indicación respecto a dichos argumentos.⁶⁵

69. El Tribunal de Justicia adopta de manera sistemática un enfoque basado en los obstáculos (por oposición a un enfoque basado en la discriminación) a efectos de determinar el ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE. Así sucede de manera explícita en asuntos⁶⁶ como Gebhard⁶⁷ y Alpine Investments,⁶⁸ que ya he citado antes.

62 Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (C-267/91 y C-268/91, EU:C:1993:905).

63 Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (C-267/91 y C-268/91, EU:C:1993:905).

64 Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (C-267/91 y C-268/91, EU:C:1993:905).

65 Excluyo deliberadamente de mi análisis la jurisprudencia sobre la materia específica de los impuestos. Es bien sabido que, en esa materia, el Tribunal sigue, muy acertadamente, un enfoque que está más próximo al de las restricciones basadas en la discriminación. Aunque los asuntos sean complejos. La razón es sencilla: los impuestos, por su propia naturaleza, suelen ser indistintamente aplicables de hecho y de Derecho. Sería difícil sostener que están comprendidos de forma automática en el ámbito de las libertades fundamentales y que, en principio, los Estados miembros deben justificarlos. Por esta razón, coincido plenamente con el Tribunal de Justicia cuando este declara, en esta materia específica, que, si el único efecto de los impuestos consiste en generar costes suplementarios para la prestación en cuestión y que afectan del mismo modo a la prestación de servicios entre Estados miembros y a la interna en un Estado miembro, tales impuestos no están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE. Véanse, por ejemplo, las sentencias de 8 de septiembre de 2005, Mobistar y Belgacom Mobile (C-544/03 y C-545/03, EU:C:2005:518), apartado 31, y de 17 de febrero de 2005, Viacom Outdoor (C-134/03, EU:C:2005:94), apartado 38.

66 Por cierto, no muy posteriores a la sentencia de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard (C-267/91 y C-268/91, EU:C:1993:905). Ello es un indicio de que, al menos en ese momento, el Tribunal de Justicia no vio necesidad de introducir una limitación al ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios.

67 Sentencia de 30 de noviembre de 1995 (C-55/94, EU:C:1995:411).

68 Sentencia de 10 de mayo de 1995 (C-384/93, EU:C:1995:126).

70. Ciertamente, cabría preguntarse ahora si una limitación al artículo 56 TFUE en consonancia con la sentencia Keck y Mithouard⁶⁹ «quizá esté aún pendiente». ⁷⁰ Por las razones que expongo a continuación, considero que esta postura jurisprudencial carece de justificación.

71. En primer lugar, es dudoso que la sentencia Keck y Mithouard⁷¹ siga teniendo vigencia en materia de libre circulación de mercancías. El Tribunal de Justicia ya no cita de forma expresa dicha sentencia y son pocas las ocasiones en que hace referencia a su idea subyacente. Soy consciente de que he sostenido anteriormente que «la jurisprudencia derivada de la sentencia Keck aún es válida», ⁷² pero ahora tiendo a cuestionarme si esta afirmación debería ir seguida de la expresión «de manera nominal, en modo de espera». O mejor, la sentencia Keck se ha transformado de un león en un gato doméstico: tal vez domesticado, pero todavía imposible de atrapar.

72. En segundo lugar, el razonamiento de la sentencia Keck y Mithouard⁷³ era difícil de asimilar en ese momento y el Tribunal de Justicia ha sido criticado con razón porque la expresión «ciertas modalidades de venta» no puede ser aplicada fácilmente en la práctica por falta de criterios claros para evaluar un caso concreto. ⁷⁴ Posteriormente, resultó que la sentencia Keck y Mithouard⁷⁵ no versaba en realidad sobre «ciertas modalidades de venta», sino sobre si se dificultaba o incluso se impedía el acceso al mercado. E incluso entonces, la definición de en qué consiste exactamente el acceso al mercado es una labor difícil y resulta problemática desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

73. En tercer lugar, aunque en principio debe darse preferencia a una interpretación paralela de las libertades fundamentales, es difícil establecer comparaciones entre la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios en lo que respecta al análisis de las modalidades de venta y el acceso al mercado. Resulta más fácil llevar a cabo ese análisis en el contexto de los bienes tangibles (principalmente). ⁷⁶ En los servicios, no sucede lo mismo: debido al carácter intangible del servicio, es más difícil determinar qué es lo que constituye el servicio en sí y qué elementos no están relacionados directamente con el mismo.

74. En cuarto lugar, si se acepta que la sentencia Keck y Mithouard⁷⁷ pretendía (también) controlar el volumen de asuntos que guardaban menos relación con las mercancías en sí que con las libertades comerciales de los operadores económicos, lo que el Tribunal de Justicia admitió sin dificultad —y que podría explicar una de las grandes ironías de la sentencia Keck y Mithouard, ⁷⁸ a saber, que los hechos se circunscribían a un solo Estado miembro, ⁷⁹ por lo que en cualquier caso la libre circulación de mercancías no era aplicable a ese asunto que, por consiguiente, podría haber sido declarado inadmisible—, entonces, en mi opinión, no es necesario extrapolar la jurisprudencia derivada de la sentencia Keck y Mithouard⁸⁰ a otras libertades fundamentales. En cuanto a la libre prestación de servicios, no he detectado que «cada vez [sea] más frecuente» ⁸¹ que los proveedores de servicios invoquen sus derechos derivados del artículo 56 TFUE y no tengo conocimiento de que otros hayan

69 Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (C-267/91 y C-268/91, EU:C:1993:905).

70 Véanse las conclusiones del Abogado General Bobek presentadas en el asunto TÜV Rheinland LGA Products y Allianz IARD (C-581/18, EU:C:2020:77), punto 31.

71 Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (C-267/91 y C-268/91, EU:C:1993:905).

72 Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Deutsche Parkinson Vereinigung (C-148/15, EU:C:2016:394), punto 23.

73 Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (C-267/91 y C-268/91, EU:C:1993:905).

74 Véase en este sentido, por ejemplo, Müller-Graff, P.-Chr., en von der Groeben, H., Schwarze, J. y Hatje, A. (eds.), *Europäisches Unionsrecht (Kommentar)*, 7.ª ed., Nomos, Baden-Baden, Artikel 34 AEUV, apartado 247.

75 Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (C-267/91 y C-268/91, EU:C:1993:905).

76 La electricidad, por ejemplo, es una excepción significativa al requisito del carácter tangible.

77 Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (C-267/91 y C-268/91, EU:C:1993:905), apartado 14.

78 Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (C-267/91 y C-268/91, EU:C:1993:905).

79 Operadores económicos franceses que deseaban vender a pérdida en Francia *picon bière*, un producto originario de Francia, y a los que la legislación francesa les impedía hacerlo.

80 Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (C-267/91 y C-268/91, EU:C:1993:905).

81 *Ibidem*, apartado 14.

percibido esa tendencia. Más bien al contrario. En efecto, durante las dos últimas décadas el legislador de la Unión ha dedicado parte de sus esfuerzos a favorecer la libre prestación de servicios en toda la Unión, en particular mediante la adopción de la Directiva de servicios. En dicha Directiva se consideró que procedía hacer más accesible la libre prestación de servicios a los operadores económicos. La introducción de una norma limitadora en el Derecho primario supondría una flagrante contradicción con esta tendencia y constituiría, pues, un lamentable paso atrás a este respecto.

75. De igual manera, en quinto lugar y de modo muy destacado, el Tribunal de Justicia no se ha remitido (muy acertadamente) a la sentencia Keck y Mithouard⁸² cuando podría haberlo hecho para interpretar la libertad de establecimiento de un proveedor de servicios en el marco de la Directiva de servicios. En la sentencia X y Visser,⁸³ declaró que una medida que habría constituido sin duda una «modalidad de venta» en el sentido de la sentencia Keck y Mithouard⁸⁴ estaba comprendida, no obstante, en el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento con arreglo a la Directiva de servicios, lo que «supone un alejamiento de las ideas que dieron lugar a la decisión Keck».⁸⁵

76. Por consiguiente, no hay razón para extender el fundamento de una de las sentencias más polémicas en materia de libre circulación de mercancías⁸⁶ más allá de esta libertad fundamental concreta.

c) ¿Una norma de minimis para el artículo 56 TFUE?

77. En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no hay ninguna indicación hasta el momento de que el artículo 56 TFUE —o cualquier otra libertad fundamental— esté supeditado a una norma *de minimis* en el sentido de que la libre prestación de servicios solo resulte aplicable si un determinado número de destinatarios se benefician de un servicio.

78. Aunque el Tribunal de Justicia ha estimado que la libre prestación de servicios no es aplicable a un conjunto concreto de hechos como los descritos por el tribunal remitente, se refería más bien a situaciones en las que el vínculo entre la medida nacional controvertida y la libertad fundamental era demasiado débil.

79. Esta jurisprudencia y el hecho de que el Tribunal de Justicia no recurra a consideraciones *de minimis* se basan en un buen motivo: el ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios ha de determinarse mediante criterios cualitativos, que puedan aplicarse fácilmente en toda la Unión. Por el contrario, los criterios cuantitativos no pueden ni deben determinar su ámbito de aplicación. Con independencia de esto, sería imposible establecer o justificar un umbral cuantitativo. En el asunto BONVER WIN, por ejemplo, ¿cuál sería el baremo? ¿Diez clientes? ¿Cien? ¿Mil? ¿Un determinado porcentaje de la clientela que forme parte del conjunto general de clientes? ¿Un quince por ciento, por

⁸² Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (C-267/91 y C-268/91, EU:C:1993:905).

⁸³ Véase la sentencia de 30 de enero de 2018 (C-360/15 y C-31/16, EU:C:2018:44), apartado 97. Véanse, también, mis conclusiones presentadas en los asuntos X y Visser (C-360/15 y C-31/16, EU:C:2017:397), puntos 87 a 104.

⁸⁴ Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (C-267/91 y C-268/91, EU:C:1993:905).

⁸⁵ Véase Snell, J., «Independence day for the Services Directive: Visser», *Common Market Law Review*, 2019, vol. 56, pp. 1119 a 1136, en particular p. 1129.

⁸⁶ Véase, entre otros muchos, Mattera, A., «De l'arrêt "Dassonville" à l'arrêt "Keck": l'obscur clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions», *Revue du marché unique européen*, 1994, n.º 1, pp. 117 a 160; Gormley, L., «Reasoning Renounced? The Remarkable Judgment in Keck & Mithouard», *European Business Law Review*, 1994, pp. 63 a 67; Steindorff, E., «Unvollkommener Binnenmarkt», *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 1994, pp. 149 a 169; Lenz, C. O., «Ein undeutlicher Ton», *Neue juristische Wochenschrift*, 1994, pp. 1633 y 1634. Para una defensa de la sentencia de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard (C-267/91 y C-268/91, EU:C:1993:905), véase Joliet, R. (uno de los jueces que dictó dicha sentencia), «Der freie Warenverkehr: Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, internationaler Teil*, 1994, pp. 979 a 987. Véanse, también, mis conclusiones presentadas en el asunto Deutsche Parkinson Vereinigung (C-148/15, EU:C:2016:394), puntos 21 y ss.

ejemplo? ¿O en función del dinero que se jueguen los clientes? ¿Un cliente que se juega 1 000 euros equivale a 10 clientes que se juegan 100 euros? Si estos ejemplos parecen ingenuos, yo diría que ilustran a la perfección que es el concepto *de minimis* en el contexto de las libertades fundamentales lo que constituiría una fuente futura de problemas.

80. La circunstancia de que el concepto cuantitativo *de minimis* haga referencia más a los hechos concretos de un asunto que a sus elementos jurídicos daría lugar a un problema más fundamental. No es en absoluto impensable que la misma medida pudiera ser considerada *de minimis* en un Estado miembro de la Unión y no en otro. Ello pondría en peligro el marco de igualdad entre los operadores del mercado que las disposiciones que regulan el mercado interior se proponen establecer. ¿O debería definirse el concepto *de minimis* en términos abstractos? De ser así, ¿cómo y por quién? No hay que olvidar que este es una materia no armonizada en la que las medidas de los Estados miembros han de evaluarse en relación con una libertad prevista en el Tratado y que el mercado interior sigue siendo un ámbito de competencia compartida de la Unión. Esta situación no puede compararse con la del Derecho de la competencia de la Unión, en el que la propia legislación de la Unión establece ciertos umbrales.

81. Para resumir la argumentación en contra de la introducción de una norma *de minimis* en el contexto de la libre prestación de servicios prevista en el artículo 56 TFUE, o en realidad de cualquier otra libertad, debe subrayarse que se trata de una cuestión fáctica, y no jurídica. En el marco del procedimiento prejudicial, corresponde al órgano jurisdiccional nacional pronunciarse sobre los hechos. Permitir a los órganos jurisdiccionales nacionales introducir una norma de ese tipo conduciría a una fragmentación del mercado interior y pondría en peligro el objetivo de lograr un marco de igualdad para los operadores del mercado.

82. De ello se deduce que procede excluir por principio una norma *de minimis* en el contexto del artículo 56 TFUE.

V. Conclusión

83. A la luz de todas las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Nejvyšší správní soud (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, República Checa) de la siguiente manera:

«La libre prestación de servicios prevista en el artículo 56 TFUE —que no contiene una norma *de minimis*— se aplica a una situación en la que una sociedad establecida en un Estado miembro pierde, en virtud de un acto público por el que se determinan las modalidades de prestación de los servicios (como pueda ser un lugar concreto), la autorización para ejercer su actividad, cuando algunos de sus clientes proceden de un Estado miembro distinto de aquel en que está establecida dicha sociedad, con independencia de que la medida nacional controvertida sea aplicable de forma indistinta (de hecho y de Derecho).»