

SOBRE LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO: UNA REFLEXIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

Antonio Cidoncha Martín

Profesor contratado doctor de Derecho constitucional.

Universidad Autónoma de Madrid

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Carlos FRANCISCO MOLINA DEL POZO, doña M.^a José ACHÓN BRUÑÉN, don Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, don Jorge BOTELLA CARRETERO, don Javier CREMADES GARCÍA y don Vicente MORET MILLÁS.

EXTRACTO

El objeto de este trabajo es analizar, desde una perspectiva constitucional, la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), o, para ser más exactos, su núcleo duro, los capítulos IV y V de la misma. En puridad –aviso desde el principio– esta no es solo una ley dirigida a garantizar la unidad de mercado, sino también (y principalmente) una ley dirigida a potenciar la libertad de mercado.

Tras dar somera cuenta del significado constitucional del principio de unidad de mercado y de la llamada «Directiva Bolkestein» (disposición sin la cual no puede entenderse la LGUM), abordo la doble operación llevada cabo por el legislador: de un lado, la potenciación de la libertad de acceso al mercado (la libertad de establecimiento), dado que la ley limita la *posibilidad de limitar* esa libertad; de otro lado, la potenciación de la libertad de circulación dentro del mercado español, dado que la LGUM impone en términos (casi) absolutos el llamado principio del «lugar de origen». Analizo ambas operaciones y subrayo los problemas de constitucionalidad que veo; problemas que no son de enfoque (la apuesta liberalizadora es constitucionalmente legítima), sino de exceso (en la dosis).

Palabras claves: unidad de mercado, libertad de acceso al mercado (libertad de establecimiento), principios de necesidad y proporcionalidad, libertad de circulación y principio del lugar de origen.

Fecha de entrada: 30-04-2015 / Fecha de aceptación: 30-06-2015

ON THE SPANISH LAW 20/2013 ON THE GUARANTEE OF THE MARKET UNITY: A (LEGAL) CONSTITUTIONAL REFLECTION

Antonio Cidoncha Martín

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze, from a constitutional perspective, the Spanish Law 20/2013 on the Guarantee of the Market Unity (LGMU), more precisely, its hard core: Chapters IV and V. First of all, it must be noticed that, strictly speaking, this act is not only aimed at ensuring market unity, but also (and mainly) at boosting market freedom.

After examining the constitutional significance of both the principle of market unity and the so-called «Bolkestein Directive» (which is essential to understand the LGMU), I address the dual task performed by the legislator. On the one hand, it strengthens the freedom of access to the market (freedom of establishment), since this act constrains the possibility of limiting that freedom. On the other hand, it fosters the freedom of movement within the Spanish market, as this act imposes in (almost) absolute terms the so-called principle of «place of origin». I analyze both tasks focusing on the constitutional problems, which, from my point of view, are not a matter of approach (liberalizing is a constitutionally legitimate aim), but a question of extent (excessive).

Keywords: market unity, freedom of access to the market (freedom of establishment), principles of necessity and proportionality, freedom of movement and principle of «place of origin».

Sumario

- I. Introducción
- II. Dos cuestiones previas
 - 1. Sobre el principio constitucional de unidad de mercado
 - 2. Sobre la Directiva Bolkestein
- III. Sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado
 - 1. Consideraciones previas
 - 2. La maximización de la libertad de establecimiento: Análisis (constitucional) del capítulo IV de la LGUM
 - 3. La maximización de la libertad de circulación: Análisis (constitucional) del capítulo V de la ley (y otras disposiciones aledañas)
- IV. Epílogo: Algunas reflexiones finales a propósito de la LGUM

Bibliografía

NOTA: Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Las posibilidades del Estado Jurisdiccional Autonómico: Tras la sentencia del Estatut en la actual situación de crisis económica y bloqueo constitucional» (DER 2012-34428), del que es investigador principal el profesor Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Con fecha de 10 de diciembre de 2013 se publicó en el BOE la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la Unidad de Mercado (en adelante, LGUM). Su entrada en vigor se produjo al día siguiente de la publicación, salvo para determinados preceptos, cuya entrada en vigor se demoró tres meses (disp. final séptima). La ley, hoy plenamente en vigor, es, ante todo, un compromiso incluido en el programa del PP, vencedor de las elecciones de noviembre de 2011. Este compromiso enlazaba con una preocupación antigua sentida en el mundo empresarial sobre el impacto de la descentralización política en la unidad de mercado, especialmente tras la última oleada de reformas estatutarias. El proyecto de ley, aprobado en Consejo de Ministros en su reunión de 5 de julio de 2013, se tramitó con celeridad, por el procedimiento de urgencia. A ello contribuyó la presión ejercida desde la Comisión Europea, que incluyó la aprobación del citado texto entre sus recomendaciones a España para 2013.

Según se desprende del preámbulo y del artículo 1.1 de la ley, esta se justifica en la necesidad de hacer efectivo el principio constitucional de unidad de mercado en el territorio nacional. Tanto en la Unión Europea como en España se han hecho esfuerzos para hacer efectivo este principio, se dice en el preámbulo, pero el legislador declara que tales esfuerzos no han sido suficientes y la fragmentación en el mercado español subsiste. Esta fragmentación «dificulta la competencia efectiva e impide aprovechar las economías de escala que ofrece operar en un mercado de mayores dimensiones, lo que desincentiva la inversión y, en definitiva, reduce la productividad, la competitividad, el crecimiento económico y el empleo, con el importante coste que supone en términos de prosperidad, empleo y bienestar de los ciudadanos» (Preámbulo I, p. 3). Se declara, por tanto, que nuestro mercado está fragmentado y se enfatiza que ello lastra nuestra productividad y, por ende, nuestro bienestar. Dichas así las cosas, se hace muy difícil cuestionar la necesidad de aprobar una ley que garantice o, más bien, haga realidad de una vez la unidad del mercado español, a lo que parece aún no alcanzada.

Lo que sigue es un intento de analizar y someter a reflexión crítica, desde una perspectiva jurídico-constitucional, el contenido sustantivo de la LGUM. Pero, antes de ello, es importante situar el texto de la ley en su contexto. Es preciso saber, si quiera someramente, qué es la unidad de mercado que se pretende garantizar; y es ineludible hacer una referencia a una disposición sin la cual no puede entenderse la ley: la Directiva *Bolkestein*. Solo armados de este equipaje previo estaremos en condiciones de comprender y someter a escrutinio constitucional la LGUM.

II. DOS CUESTIONES PREVIAS

1. SOBRE EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE UNIDAD DE MERCADO

1.1. Caracterización general

Sobre la unidad de mercado se ha pronunciado la doctrina profusamente. No es mi intención dar cuenta aquí de toda la literatura al respecto¹. Mi pretensión es más modesta: hacer una síntesis sobre su significado constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), no siempre clara y no pocas veces vacilante.

Haciendo un ejercicio de «Derecho condensado», la caracterización general de la «unidad de mercado» puede hacerse a partir de tres preguntas:

a) ¿Qué es la unidad de mercado?

La «unidad de mercado» es **un (sub)principio constitucional implícito, derivado del principio constitucional, también implícito, de unidad económica.**

En efecto, una de las manifestaciones del principio de unidad (principio constitucional explícitamente proclamado en el artículo 2 de la CE) es el principio de «unidad económica» o de «unidad del orden económico»². La unidad económica tiene, en rigor, dos manifestaciones: una de ellas es la «unidad de mercado», la otra es «la exigencia de la adopción de medidas de política económica aplicables, con carácter general, a todo el territorio nacional, al servicio de una serie de objetivos de carácter económico fijados por la propia CE (arts. 40.1, 130.1, 131.1 y 138.1)» (STC 96/1984, de 19 de octubre, FJ 3.º). A esta segunda manifestación la llamaré «unidad de la política económica»³.

La distinción entre «unidad de mercado» y «unidad de la política económica», nítidamente expresada en la STC 96/1984, no siempre la tiene clara el TC⁴. Sin embargo, es una distinción su-

¹ Clásico en la materia, ALBERTÍ ROVIRA (1995). Más recientemente, véase, por ejemplo VV. AA. (2010) y CIDONCHA MARTÍN (2011).

² Principio implícito que el TC ha deducido «tanto del Preámbulo –que garantiza la existencia de un "orden económico y social justo"– como de una interpretación conjunta de los artículos 2, 38, 40.1, 130.1, 131.1, 138.1 y 2, 139.2, 149.1.1.ª y 157.2 de la CE» (por todas, STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 11.º). Así identificado el principio, el TC ve la unidad económica como «una exigencia imperiosa en un Estado de estructura territorial compleja como el nuestro»; y la configura como «un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores» (ibidem).

³ La expresión «unidad de la política económica» la tomo de un antiguo y sólido trabajo de SAINZ MORENO [SAINZ MORENO (1989)]. Para este autor, la «unidad de mercado» es un principio de carácter estructural, mientras que la «unidad de la política económica» es un principio de carácter dinámico.

⁴ Véase, por ejemplo, la STC 96/2002, de 25 de abril, en la que hace sinónimas «unidad de mercado» y «unidad del orden económico», de la que, eso sí, es consecuencia necesaria la «exigencia de un mercado único» (FJ 11.º, párrafo cuarto).

mamente útil desde el punto de vista conceptual, porque de cada (sub)principio se derivan exigencias diferentes, aunque complementarias. La unidad de mercado (principio estructural) demanda una estructuración unitaria del mercado nacional, la unidad de la política económica (principio dinámico), demanda una dirección unificada de la política económica⁵. Uno y otro sub-principio tienen, a mi juicio, autonomía conceptual y deben diferenciarse.

En lo que sigue me referiré exclusivamente al principio estructural, la unidad de mercado en sentido estricto, que es el que invoca la LGUM.

b) ¿En qué consiste la unidad de mercado?

Como he dicho, la unidad de mercado no está formulada expresamente en la Constitución. Como principio (llamémoslo así a partir de ahora) implícito que es, carece de fuerza por sí solo como parámetro de validez de normas y actos. Su fuerza es la de las normas constitucionales expresas (las reglas) en las que se despliega. Estas normas están contenidas en los dos apartados del artículo 139 de la CE. Son palabras del TC: la unidad de mercado «supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica» (STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6.º)⁶. Una y otra son los «supuestos irreductibles» de la unidad de mercado, «sin los cuales no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone» (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 11.º).

La función del principio de unidad de mercado es, pues, básicamente explicativa, de síntesis descriptiva de ciertas normas constitucionales⁷. Ahora bien, como principio constitucional (implícito) que es, también cumple una función interpretativa de otras normas constitucionales expresas, singularmente las que atribuyen competencias al Estado⁸. Lo que no procede es utili-

Véase también, por ejemplo, la STC 96/2013, de 23 de abril, en la que se pone de relieve la existencia de «dos elementos esenciales de nuestra construcción constitucional: de un lado, el esencial principio de unidad del sistema, en su manifestación de *unidad del mercado o de unicidad del orden económico general*; de otro, la diversidad regulatoria, también consustancial a un Estado compuesto como el conformado por la Constitución de 1978...». (FJ 4.º –la cursiva es mía–).

⁵ El principio que he denominado –siguiendo a SAINZ MORENO– de *unidad de la política económica* no es un título atributivo de competencias a favor del Estado, pero sí ha permitido reinterpretar en clave finalista la competencia estatal del artículo 149.1.13 de la CE. Un intento de «decanar» el significado de esa norma competencial, en la dirección adecuada (a mi juicio) puede verse en la STC 34/2013, de 14 de febrero, en particular, FJ 4.º b).

⁶ Doctrina reiterada del TC. Véase, por todas, STC 96/2013, de 23 de abril, FJ 4.º.

⁷ En este sentido, en la STC 96/2013, de 23 de abril (FJ 4.º), el TC sistematiza una serie de técnicas previstas en la Constitución que están orientadas a asegurar la unidad de mercado: la reserva de ciertas materias a la función legislativa del Estado, la existencia de un sustrato de igualdad en todos los derechos fundamentales, insito en su contenido esencial y, por último, las normas del artículo 139 de la CE.

⁸ Es el caso, por ejemplo, de la norma del artículo 149.1.13.ª de la CE: en el parecer del Tribunal Constitucional, garantizar el mantenimiento de la unidad de mercado es uno de los objetivos a los que se orienta el ejercicio de la competencia estatal a que se refiere ese precepto [por todas, STC 34/2013, de 13 de febrero, FJ 4.º b)].

zarlo como regla de decisión autónoma, porque como tales actúan las normas constitucionales expresas en que se concreta.

c) ¿A qué mercado se refiere la unidad de mercado?

El mercado al que se refiere el principio de unidad de mercado es, obviamente, el mercado español. En palabras del TC, consecuencia necesaria de la unidad económica es «la exigencia de un mercado único», y la palabra «mercado» «equivale a "mercado nacional" o "mercado español", esto es, el espacio económico unitario, reconocido implícitamente como tal por el artículo 139.2» (por todas, STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 11.º).

En relación con el mercado al que se refiere el principio, conviene hacer dos precisiones (que acaso puedan parecer obvias):

- **Primera:** *mercado único no es (no debe ser) igual a mercado absolutamente uniforme.* Son palabras del TC: «Tal unidad [de mercado], sin embargo, y como ha señalado también el Tribunal, no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de entidades con autonomía política, como son las comunidades autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos. La compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios [...]» (STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6.º).

He aquí uno de los delicados equilibrios sobre los que se asienta nuestro sistema constitucional: unidad y autonomía. Al Estado –y solo al Estado– le corresponde garantizar la unidad económica⁹, pero esta labor, para la que dispone de suficientes títulos competenciales¹⁰ y para la que el TC le ha reconocido un amplio margen de libertad, ha de hacerla de manera que no vacíe o deje irreconocible la autonomía de las comunidades autónomas. Estas, a su vez, en aras de su autonomía, pueden introducir la diversidad regulatoria, «consustancial a un Estado compuesto como el conformado por la Constitución de 1978» (como recuerda la STC 96/2013, de 23 de abril, FJ 4.º), pero hasta el límite que representa la preservación de la unidad económica y que se concreta, respecto de la unidad de mercado *sensu stricto*, en las reglas del artículo 139 de la CE.

⁹ Este papel de garante de la unidad lo recuerda la STC 96/2002, de 25 de abril: «Al Estado se le atribuye por la Constitución, entonces, el papel de garante de la unidad, pues la diversidad viene dada por la estructura territorial compleja, quedando la consecución del interés general de la Nación confiada a los órganos generales del Estado (STC 42/1981, de 22 de diciembre, F. 2) y, en concreto, el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica que exige la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario y general a todo el territorio nacional (STC 1/1982, de 28 de enero, F. 1)» (FJ 11.º, párr. 5).

¹⁰ Tanto sustantivos como transversales. De entre los transversales descuellan los de los apartados 1 y 13 el del artículo 149.1 de la CE.

- **Segunda:** *el mercado español ya no es un mercado «independiente», es parte de un mercado más amplio, el mercado único europeo.* Como es obvio, la integración refuerza los elementos comunes del submercado español y desincentiva los elementos disgregadores, en tanto que somete a todos los poderes públicos (estatales y autonómicos) a reglas básicas comunes. No puedo detenerme en este asunto.

1.2. Las reglas de la unidad de mercado

1.2.1. La regla de la igualdad: El apartado 1 del artículo 139 de la CE

A la igualdad de derechos y deberes de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional, sin conectarla específicamente a la actividad económica, se refiere la Constitución en el apartado 1 del artículo 139. Es así una regla general, no específicamente dirigida a la actividad económica y al mercado, pero que es susceptible de proyectarse sobre los derechos fundamentales de los sujetos económicos (empresarios y trabajadores)¹¹.

El apartado 1 del artículo 139 no contiene una norma atributiva de competencias¹². La función que cumple esta norma es de límite a la actuación de los poderes públicos, básicamente las comunidades autónomas, principales destinatarias de ella. La pregunta es hasta dónde alcanza esta condición de límite. La proyección que tradicionalmente se ha dado a esta regla es «intra-autonómica». Según ello, el enunciado deóntico que contiene es una prohibición (impuesta a las comunidades autónomas) de discriminar entre españoles en el interior de cada comunidad. No prohíbe la diversidad de regulaciones autonómicas, sino que esas diversas regulaciones establezcan diferencias (al menos diferencias injustificadas) en el seno de cada comunidad «entre los de dentro y los de fuera». El artículo 139.1 de la CE sería así una manifestación específica del artículo 14 de la CE.

Sin embargo, de la STC 247/2007 (la famosa sentencia sobre el Estatuto de Valencia) parece desprenderse una nueva proyección, inter-autonómica, de la norma del artículo 139.1 de la CE. De asumir lo que se dice en el FJ 14.º a)¹³ de esta sentencia, debería concluirse que el artículo 139.1 de la

¹¹ En particular, la libertad de empresa, que es el derecho fundamental «estrella» involucrado en los litigios sobre la unidad de mercado, por su evidente conexión con la libertad de circulación. Véase, por ejemplo, la STC 96/2002, de 25 de abril (FJ 11.º) o la STC 96/2013, FF. JJ. 4.º y ss.

¹² Véase, por ejemplo, la STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7.º.

¹³ «... en cuanto a los derechos constitucionales propiamente dichos, esto es, aquellos que la Constitución recoge en su Título I, Capítulo II, que, por tal razón pueden calificarse de derechos fundamentales, es claro que aquella establece un principio de igualdad sustancial que no puede confundirse con un principio de uniformidad»; bien que es «susceptible de modulaciones diferenciadas en mayor o menor grado en las Comunidades Autónomas, según el tipo de derecho de que se trate y el reparto competencial de la materia implicada». En fin: «Puede hablarse, por tanto, de un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional respecto de estos derechos, sustrato de igualdad en todo el territorio nacional que deriva directamente de la propia Constitución y que queda reforzado en cuanto a los regulados en la sección Primera del Capítulo II de dicho Título por el hecho de que su desarrollo está reservado a una Ley Orgánica» [STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 14.º a)]

CE (interpretado a la luz del art. 149.1.1.^a CE), quiere decir también que, en lo básico (en lo sustancial), los españoles debemos disfrutar de los mismos derechos fundamentales, siendo posible a partir de este sustrato común la diversidad de regulaciones. La norma del artículo 139.1 de la CE no se limitaría a ser una mera especificación del artículo 14 de la CE, cumpliría una función distinta, de límite a la diversidad de regulaciones autonómicas (aun aplicables sin discriminación a «los de dentro y a los de fuera»).

Para ser sinceros, no tengo claro si la interpretación del artículo 139.1 de la CE que da la STC 247/2007 se ha consolidado plenamente. Encuentro cierta confusión en la jurisprudencia del TC. Es cierto que alguna sentencia posterior, con cita expresa de la Sentencia 247/2007, declara que puede hablarse de un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional respecto de los derechos fundamentales, que deriva directamente de la propia Constitución, pero el fundamento lo encuentra, no en el artículo 139.1 de la CE, sino en el artículo 53.1 de la CE, en la regla de respeto al contenido esencial [véase la STC 96/2013, de 23 de abril, FJ 4.º b)]. Además, el TC confunde la regla del 139.1 de la CE con la del 139.2 de la CE, cuando configura el respeto a la igualdad básica de todos los españoles como uno de los elementos del control *ex* artículo 139.2 de la CE¹⁴. En fin, aun con vacilaciones, el TC ha ubicado la garantía inter-autonómica de la igualdad en la cláusula competencial del artículo 149.1.1.^a de la CE.

Lo que tengo claro es que, si existe un sustrato de igualdad en los derechos fundamentales desde el punto de vista territorial, el fundamento constitucional no puede ser otro que el artículo 139.1 de la CE. No parece apropiada, a estos efectos, la norma del artículo 149.1.1.^a de la CE, una norma que no fija límites, sino que atribuye competencias. Tampoco parece necesario argumentar sobre la base del artículo 53.1 de la CE (norma cuya función no es garantizar la igualdad, sino la no desfiguración del derecho por el legislador, sea estatal o autonómico), existiendo la norma del artículo 139.1 de la CE. Insisto: si la igualdad es límite, no ya a la diversidad *intra-autonómica*, sino a la diversidad *inter-autonómica*, la norma a la que hay que acudir no es otra que la del artículo 139.1 de la CE¹⁵.

1.2.2. La regla de la libertad: El apartado 2 del artículo 139 de la CE

La libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra (STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6.º) es la segunda de las reglas de la unidad de mercado. Frente a la norma del apartado 1, la del apartado 2 del artículo 139 de la CE es norma específicamente dirigida a la actividad económica y al mercado. Pero, al igual que la norma del apartado 1, la del apartado 2 no es una norma atributiva de competencias estatales (STC 14/1994, FJ 1.º) y sí un límite al ejercicio de las competencias de los poderes públicos, en especial las de las comunidades autónomas (SSTC 71/1982, 52/1988, 66/1991 y 118/1996, entre otras).

¹⁴ Esta confusión es permanente. (Véase un ejemplo antiguo: STC 88/1986, de 1 de julio, FJ.º 6); y un ejemplo más reciente: STC 96/2013, de 23 de abril, FJ 4.º c).

¹⁵ Así entendido el artículo 139.1 de la CE, es coherente decir –como ha dicho el TC– que la economía de mercado «resulta incompatible con posiciones jurídicas básicamente distintas de los diversos operadores»; de manera que, en concreto, la libertad de empresa «exige que las distintas empresas de un mismo sector se hallen sometidas al mismo género de limitaciones básicas en todo el territorio nacional» (STC 109/2003, FJ 8.º –la cursiva es mía–).

En su calidad de límite a la actuación de las comunidades autónomas, la norma del artículo 139.2 de la CE prohíbe a aquellas, no cualquier incidencia en la libertad de circulación, sino aquella que intencionadamente persiga obstaculizarla o que objetivamente la obstaculice (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2.º)¹⁶. El problema estriba en determinar cuándo una incidencia negativa en la libre circulación es un obstáculo a la misma y, por tanto, es inconstitucional, y cuándo no.

En este punto también me encuentro con cierta oscuridad y vacilación en la jurisprudencia del TC. En el FJ 4.º c) de la STC 96/2013, de 23 de abril, el TC pretende resumir el control de constitucionalidad al respecto, con base en la STC 88/1986, de 1 de julio. Con arreglo a lo allí declarado, una regulación autonómica que incide negativamente en la libertad de circulación *no es* un obstáculo a la misma o, si se prefiere, es un obstáculo justificado a la libertad de circulación si se dan determinados requisitos: *primero*, que esa regulación se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la comunidad; *segundo*, que esa regulación, en cuanto introductora de diversidad en relación con el resto de la nación, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin; y, *tercero*, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles.

En rigor, el primero y el tercero de los requisitos son ajenos e independientes de la cláusula del artículo 139.2 de la CE y deben preceder al control de constitucionalidad desde la perspectiva de este precepto. Si la comunidad autónoma no es competente para dictar la regulación en cuestión, no es que lesione la libertad de circulación, es que es sencillamente incompetente. Si la comunidad autónoma, aun siendo competente, no respeta la igualdad básica de los españoles, sea lo que sea esto, tampoco lesiona la libertad de circulación, sino, valga la obviedad, la igualdad básica de los españoles en el ejercicio del derecho fundamental de que se trate, esto es, la norma del apartado 1 del artículo 139 de la CE, que tiene sustantividad propia.

El control *ex* artículo 139.2 de la CE se reduce, a mi juicio, al segundo de los requisitos. Y aquí veo una vez más cierta oscuridad y vacilación. Veo en la STC 96/2013, desde luego, un control de idoneidad o adecuación de la medida al fin constitucionalmente legítimo perseguido (el primero de los test del principio de proporcionalidad)¹⁷. No veo un control de necesidad o sustituibilidad (el

¹⁶ La obstaculización puede producirse tanto con medidas coactivas –que pongan trabas a la circulación en una comunidad autónoma– como con medidas de fomento –que atraigan a personas hacia una comunidad autónoma en daño de otras comunidades autónomas– (STC 64/1990, de 5 de abril, FJ 4.º).

¹⁷ Es sabido que el principio de proporcionalidad, como técnica de control de constitucionalidad de medidas adoptadas por los poderes públicos que limitan derechos o libertades, implica un triple test: en primer lugar, un test de idoneidad o adecuación de la medida adoptada para alcanzar el fin propuesto (que ha de ser un fin constitucionalmente legítimo, lo que impone también un control de constitucionalidad del fin previsto); en segundo lugar, un test de necesidad o indispensabilidad de la medida (también llamado de sustituibilidad), que exige verificar si la medida adoptada es absolutamente necesaria e indispensable, en el sentido de que no existe ninguna otra más benigna que sea igualmente idónea para alcanzar el fin previsto; y, en tercer lugar, un test de proporcionalidad en sentido estricto. Este último test tiene dos versiones, la versión «coste-beneficio» y la versión «sacrificio excesivo»: con arreglo a la primera, la medida es constitucional si el beneficio para el interés general supera al coste que supone para el derecho limitado; con arreglo a la segunda, la medida es constitucional si no supone un sacrificio excesivo del derecho limitado. La plasmación jurisprudencial del principio

segundo de los test del principio de proporcionalidad)¹⁸. Parece, pues, que la STC 96/2013 prescinde del control de necesidad y limita el control *ex artículo* 139.2 de la CE a un control de idoneidad o razonabilidad de la medida: como se dice en el FJ 9.º, con base en la STC 210/2012, son obstáculos prohibidos únicamente las medidas que «*aunque se apliquen igualmente a residentes que a no residentes produzcan consecuencias objetivas limitadoras de la libre circulación "que no guardan relación con el fin constitucionalmente lícito que aquellas persiguen"*» (la cursiva es mía). La apelación a la proporcionalidad que se hace en el FJ 4.º de la sentencia que aquí comento (la STC 96/2013) parece quedar en nada¹⁹.

Más allá de las vacilaciones del TC, creo ver en él un comportamiento parecido al que tiene con los límites de la libertad de empresa. El TC habla de proporcionalidad, pero en realidad aplica un simple test de razonabilidad. No es de extrañar este paralelismo, pues la libertad de empresa y la libertad de circulación están conectados: la libertad de empresa engloba la libertad de circulación, tal como corrobora la STC 96/2002, de 25 de abril (FJ 11.º).

2. SOBRE LA DIRECTIVA BOLKESTEIN²⁰

2.1. ¿Qué es «Bolkestein»?

Aparte del nombre del comisario que hizo la propuesta originaria, Bolkestein (o Directiva «Bolkestein») es el nombre con el que se conoce popularmente la *Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, de servicios en el Mercado Interior* (también llamada Directiva de Servicios).

en la versión «coste-beneficio», en la STC 66/1995, FJ 5.º (se aplicó para controlar la constitucionalidad de una ley en la STC 55/1996). Un ejemplo de aplicación del principio en su versión «sacrificio-excesivo» en la STC 207/1996.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos utiliza el principio de proporcionalidad, con excepción del tercer test, para controlar la adecuación al Convenio Europeo de Derechos Humanos de las actuaciones de los Estados sometidas a su control. También emplea el principio de proporcionalidad, en esta versión *mutuada* (excluyendo el tercer test), el TJUE al enjuiciar la «comunitariedad» de las medidas que obstaculizan las libertades fundamentales del Mercado Único, si bien adoptando una versión ligeramente diferente en lo que respecta al test de necesidad: el TJUE considera legítima toda medida que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar el fin previsto (idea de «sacrificio mínimo»). Véase, por ejemplo, la STJUE de 1 de junio de 2010, as. C-570 y 571/07 (caso *Blanco y Chao*).

¹⁸ Que sí veo en la STC 66/1991, de 22 de marzo (FF. JJ. 2 y ss.).

¹⁹ Y, sin embargo, creo ver un control de proporcionalidad *sensu stricto* (el tercero de los test del principio de proporcionalidad), más adelante, en ese mismo FJ 9.º, cuando el TC dice que la medida en cuestión (un impuesto aragonés a las grandes áreas de venta –las grandes superficies–), «*además de que es aplicable indistintamente de que quien realice la actividad empresarial, sea residente o no en la Comunidad Autónoma de Aragón*» no ha supuesto un sacrificio excesivo de la libertad de circulación, en tanto «*no ha producido, y en todo caso los recurrentes no lo han acreditado, el efecto de limitar sustancialmente que empresarios que actúan en este sector comercial en otras comunidades autónomas se radiquen también en la Comunidad Autónoma de Aragón*» (la cursiva es mía).

²⁰ Sobre la Directiva Bolkestein y su impacto en nuestro ordenamiento hay ya una abundante literatura jurídica. Amén de los trabajos que más abajo se citarán, merecen citarse algunas obras colectivas: DE LA QUADRA-SALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (dir.) (2009), RIVERA ORTEGA (dir.) (2009) y AGUADO I CUDOLA/NOGUERA DE LA MUELA (dir.) (2012).

La directiva fue traspuesta a nuestro ordenamiento en dos fases: en una primera, a través de una Ley transversal, la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* (popularmente conocida como *Ley Paraguas* –que traslada el contenido de la directiva al ordenamiento interno y tiene carácter básico–); en una segunda, a través de la adaptación de la legislación sectorial (estatal, autonómica y local) a los criterios de la Ley Paraguas: en el caso de la legislación estatal, a través de la *Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* (popularmente conocida como *Ley Ómnibus*)²¹.

La Directiva Bolkestein trae causa de la llamada «Estrategia de Lisboa», impulsada por el Consejo Europeo en su reunión de marzo de 2000, en la que se marcó como objetivo convertir la economía europea en la más competitiva y dinámica del mundo antes de 2010. Tuvo un complicado proceso de gestación, en el que la propuesta inicial de la Comisión fue notablemente podada²². El texto final resultante es una disposición que tiene un *objeto* limitado, las actividades de servicios (y no todas), pero un *objetivo* ambicioso, que va más allá de la mera armonización de disposiciones nacionales (la base jurídica no es el antiguo artículo 95 TCE, hoy artículo 114 TFUE): en palabras del artículo 1, «facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios» (con base en los antiguos arts. 47.2 y 55 TCE –actualmente 53 y 62 TFUE–). La directiva no persigue solo evitar el proteccionismo estatal, sino hacer más fácil la libertad de circulación de los servicios para los prestadores de servicios en la Unión Europea. Esto es, trata de *maximizar* el derecho de establecimiento y la libertad de prestación de servicios. El resultado es una directiva liberalizadora de los servicios en el ámbito territorial de la Unión Europea.

2.2. ¿ En qué consiste la liberalización que auspicia Bolkestein?

En la directiva se distingue una parte sustantiva y una parte instrumental²³. La parte sustantiva de la directiva está en los capítulos III y IV (incorporados a la Ley Paraguas en los capítulos II y III),

²¹ Téngase en cuenta que el artículo 44 de la directiva fijó una fecha tope para dar cumplimiento a lo establecido en la misma: a lo más tardar, antes del 28 de diciembre de 2009.

²² El aspecto más «liberal» de la propuesta de la Comisión, el principio del país de origen, fue suprimido. A ello hay que añadir la exclusión final de numerosos e importantes sectores de su ámbito de aplicación (véase el art. 2 de la directiva). Caso especial es el de los servicios económicos de interés general, que son excluidos de la libre prestación de servicios pero no necesariamente de la libertad de establecimiento: depende de si están o no liberalizados en el Estado de acogida (véase el art. 1.3 de la directiva).

²³ En la parte instrumental se sitúan los preceptos del capítulo II (Simplificación administrativa –incorporados a la Ley Paraguas en el capítulo IV–) y del capítulo VI (Cooperación Administrativa –incorporados a la Ley Paraguas en el capítulo VI). Estos preceptos, se refieren, entre otras cosas, a la simplificación de los procedimientos administrativos, al establecimiento de ventanillas únicas y a la adopción de mecanismos de cooperación entre los Estados miembros, mediante el establecimiento de obligaciones de asistencia recíproca entre Estados miembros. En fin, también contiene la directiva un capítulo (el V–calidad de los servicios–, incorporado a la Ley Paraguas en el capítulo V), dirigido a cumplimentar el objetivo de ofrecer un nivel elevado de calidad en los servicios (art. 1.1). En él se incluyen obligaciones de los prestadores de servicios para con los usuarios, que, de alguna manera, pretenden ser una compensación frente a la maximización de la libertad de los prestadores que la directiva procura.

dirigidos, respectivamente, a facilitar la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea²⁴. Me centro en las normas del capítulo III, ya que en ellas se contiene el núcleo duro de lo que podemos denominar *filosofía Bolkestein*.

Para facilitar la libertad de establecimiento, la directiva diseña **un cambio sustancial en el régimen de las autorizaciones administrativas**. Muy sintéticamente, la regla general es la prohibición de autorización previa (o similar) para el ejercicio de la libertad de establecimiento. Esta regla general admite excepción, siempre que esté justificada. A este respecto, la directiva (art. 9.1) sujeta la validez del establecimiento de un régimen de autorización²⁵ al cumplimiento de tres condiciones: que no sea discriminatorio; que la necesidad de un régimen autorizador esté justificada por una razón imperiosa de interés general²⁶ y que el objetivo perseguido no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva²⁷. Esto es: no discriminación y proporcionalidad *mutitada*²⁸ se erigen en canon de control de validez de todo régimen de autorización que excepcionalmente se establezca²⁹.

²⁴ La diferencia entre una y otra libertad estriba en el carácter temporal de la segunda frente al carácter permanente de la primera: el titular de la libertad de prestación de servicios presta servicios en un Estado miembro temporalmente, pero está establecido en otro, mientras que el titular de la libertad de establecimiento se instala en un Estado distinto del de origen (el Estado de acogida). Dado el carácter duradero de la actividad, el titular de la libertad de establecimiento está sometido completamente *en el ejercicio de su actividad* a la normativa del país de establecimiento, cosa que no sucede con el titular de la libertad de prestación de servicios.

²⁵ Por «régimen de autorización» se entiende «cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios» [art. 4.6) de la directiva].

Con más precisión, la Ley Paraguas distingue entre «autorización» y «régimen de autorización»: la primera expresión designa «cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija, con carácter previo, para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio»; la segunda designa «cualquier sistema previsto en el ordenamiento jurídico o en las normas de los colegios profesionales que contenga el procedimiento, los requisitos y autorizaciones necesarios para el acceso o ejercicio de una actividad de servicios» (art. 3, apdos. 7 y 10).

²⁶ Esto es, razones reconocidas como tales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [art. 4.8) de la Directiva, que incluye algunas de ellas].

²⁷ La directiva concreta un criterio para justificar cuándo la autorización previa es necesaria: cuando se prevea que un control *a posteriori* sea realmente ineficaz por tardío. La Ley Paraguas concreta aún más: prohíbe la autorización en sentido estricto «cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad» [art. 5 c)]. La Ley Paraguas configura expresamente la comunicación previa y la declaración responsable como técnicas alternativas de control preferibles a la autorización en sentido estricto. En este sentido, la Ley Ómnibus incorporó a la LRJAPPAC un artículo (el 71 bis) en el que se definen los conceptos de comunicación previa y declaración responsable y en el que se dice que cualquiera de esos actos permitirá, con carácter general, el inicio de una actividad desde el día de su presentación, sin perjuicio –eso sí– de las facultades de comprobación e inspección que tengan atribuidas las Administraciones públicas.

²⁸ *Mutilada* en el sentido de que solo incluye dos de los tres test del principio de proporcionalidad, el test de idoneidad o adecuación y el test de necesidad o sustituibilidad. Queda fuera el test de proporcionalidad *sensu stricto*. *Vid.* nota 16.

²⁹ La directiva establece además la prohibición absoluta de algunos requisitos, que se consideran directamente restrictivos de la libertad de establecimiento (art. 14, incorporado al artículo 10 de la Ley Paraguas), y una relación de requisitos potencialmente restrictivos, pero que pueden establecerse siempre que el Estado miembro acredite, tras someterlos

2.3. Sobre el impacto de Bolkestein en nuestro ordenamiento

La directiva, que se dirige (en su capítulo III) a facilitar la libertad de establecimiento de quienes vienen de fuera, facilita, como efecto reflejo, la libertad de empresa de quienes «están dentro», que se benefician también del régimen de autorización previa previsto por la misma. En este punto, es innegable que no es solo una norma contra el proteccionismo estatal, sino también contra una determinada forma de entender la intervención pública en la actividad económica privada, basada en el control previo de la iniciativa empresarial (vía autorización).

Este modo de entender la libertad de establecimiento tiene un indudable impacto sobre nuestro modo de entender la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la CE. El impacto principal se proyecta sobre el legislador (estatal o autonómico e incluso el local), al que los tribunales, empezando por el TC, han otorgado una gran libertad para limitar la libertad de empresa: cualquier limitación razonable al amparo de cualquier fin no proscrito por la Constitución es válida. A partir de Bolkestein, cualquier limitación en el inicio de la actividad empresarial (en los servicios incluidos en su ámbito de aplicación) que consista en una autorización previa (o equivalente) deberá ser, amén de no discriminatoria, proporcionada, en el doble sentido de idónea para conseguir el objetivo propuesto y necesaria, porque no se pueda conseguir ese objetivo mediante una medida menos restrictiva. Y ese objetivo no podrá ser cualquiera: no bastarán cualesquiera razones de interés general para establecer intervenciones autorizadoras previas, habrá de tratarse de «razones imperiosas de interés general», esto es, razones reconocidas como tales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [art. 4.8) de la directiva, que incluye algunas de ellas]. Se trata, ciertamente, de un catálogo de razones amplio y no cerrado *a priori*, pero que impide al legislador español (estatal, comunitario o local) invocar razones incompatibles con ellas. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia penetra por esta vía en nuestro ordenamiento y se erige en parámetro, no ya de interpretación, sino de validez de la intervención de nuestros poderes públicos en la actividad económica privada.

En resumen: la directiva restringe la libertad del legislador para configurar la libertad de empresa, porque los regímenes de autorización previa, tan numerosos tradicionalmente en nuestro país, están prohibidos con carácter general y solo son admisibles excepcionalmente si concurren las condiciones que la norma europea prevé. Y reduce el ámbito de deferencia al legislador que el TC ha permitido, al imponer el principio de proporcionalidad *mutitado*, allí donde hasta ahora solo hacía falta el principio de razonabilidad.

Se comprenden así las críticas jurídicas que, entre nosotros, se han hecho a la directiva³⁰. Para los críticos, la hoy Unión Europea ha ido más allá del ámbito de competencias que tiene

a evaluación, que son proporcionados y no discriminatorios (art. 15, incorporado al art. 11 de la Ley Paraguas). Los primeros forman la llamada «lista negra» y se erigen en una barrera absoluta, que no consiente si quiera el control de proporcionalidad; los segundos forman una «lista gris» de requisitos sospechosos de ser restrictivos de la libertad de establecimiento y, por ello, obligan a los Estados miembros a la carga de comprobar su proporcionalidad.

³⁰ Véanse, por ejemplo, los trabajos críticos de DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2007); PAREJO ALFONSO (2009) y DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2009).

atribuido, a saber, la garantía de la libre circulación en el mercado interior, proscribiendo el proteccionismo estatal, y, como precipitado de ello, se ha inmiscuido en el campo de acción de los Estados (la regulación de la libertad de empresa)³¹.

Debe repararse en que la *limitación* que la directiva impone a la libertad de los Estados para *limitar* la libertad de empresa tiene un radio de acción *limitado*: se proyecta solo sobre los servicios (y no todos), sobre el inicio de la actividad empresarial (no sobre su ejercicio) y, además, no sobre cualquier limitación, sino solo sobre aquella que consiste en someter a autorización previa (o algo similar) el inicio de la actividad empresarial. Ocurre, sin embargo, que la «filosofía Bolkestein» ha causado fortuna en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). Basta un repaso a su jurisprudencia en sede de libertad de establecimiento y de libertad de prestación de servicios desde 2010³² para comprobar esa afirmación. No puedo detenerme en este asunto, que bien merece un trabajo específico, pero, a la vista de ese repaso, constituyen hoy la inmensa mayoría las sentencias del TJUE que, de 2010 en adelante, entienden que son restricciones a las libertades de establecimiento y prestación de servicios previstas en el hoy TFUE no solo las medidas proteccionistas, esto es, las discriminatorias, sino también las que, aun no siendo discriminatorias (directa o indirectamente), prohíben o dificultan el *acceso* al mercado de los «operadores económicos»³³.

En particular, el TJUE ha declarado ya reiteradamente que supeditar el inicio de una actividad empresarial a autorización previa, aun sin discriminación (directa o indirecta) por razón de la nacionalidad, es una restricción de la libertad de establecimiento consagrada en el hoy artículo 49 TFUE, «ya que puede entorpecer el ejercicio, por tal empresa, de la libertad de establecimiento, impidiéndole desarrollar libremente sus actividades a través de un establecimiento permanente»; bien que «las restricciones a la libertad de establecimiento que sean aplicables sin discriminación

³¹ Acaso en descargo de la directiva pueda decirse que la línea que separa la libertad de establecimiento y la libertad de empresa es muy fina: facilitar la primera puede suponer inevitablemente facilitar la segunda. Para avanzar en la consecución de un mercado interior eficaz es posible que no baste con luchar contra las discriminaciones más o menos encubiertas (contra el proteccionismo estatal), sino contra las restricciones desproporcionadas a la libertad económica misma. En suma, de lo que se trata es de tener un mercado con una dosis razonable de libertad de circulación: mercados cerrados, aunque igualmente cerrados a nacionales y foráneos, frustran el objetivo de establecer esa economía social de mercado altamente competitiva (art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea –TUE–).

³² Pongo el 2010 como fecha de inicio del repaso porque el 28 de diciembre de 2009 concluía el plazo de transposición de la directiva.

³³ Véanse, en sede de libertad de establecimiento, las siguientes sentencias del TJUE: de 1 de junio de 2010 (caso *Blanco Pérez y Chao Gómez*), 8 de septiembre de 2012 (caso *Stoß*), 24 de marzo de 2011 (caso *Comisión contra España*), 16 de febrero de 2012 (caso *Costa*), 10 de mayo de 2012 (caso *Duomo*), 21 de junio de 2012 (caso *Susisalo y otros*), 25 de enero de 2013 (caso *Stanleybet*), 26 de septiembre de 2013 (caso *Ottica New Line*), 5 de diciembre de 2013 (caso *Alessandra Venturini y otros*), 13 de febrero de 2014 (caso *Sokoll-Seebaker*) y 10 de julio de 2014 (caso *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*). Y en sede de libertad de prestación de servicios: SSTJUE de 3 de junio de 2010 (caso *Sporting Exchange*), 3 de junio de 2010 (caso *Landbrokes*), 8 de septiembre de 2012 (caso *Stoß*), 17 de marzo de 2011 (caso *Penarroja*), 30 de junio de 2011 (caso *Zeturf*), 15 de septiembre de 2011 (caso *Dickinger y Omer*), 10 de mayo de 2012 (caso *Duomo*), 6 de septiembre de 2012 (caso *SIA Garkalns*), 25 de enero de 2013 (caso *Stanleybet*), 30 de abril de 2014 (caso *Pfleger y otros*), 12 de junio de 2014 (caso *Digibet y Alberts*) y 10 de julio de 2014 (caso *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*).

por razón de nacionalidad pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo» (STJUE de 1 de junio de 2010 –caso *Blanco Pérez y Chao Gómez*– ap. 54 y 61)³⁴. El TJUE ha elevado a rango de Derecho primario, a rango constitucional, la «filosofía Bolkestein», establecida en una norma de Derecho derivado.

En conclusión, la regulación de nuestros poderes públicos sobre el inicio de la actividad económica, esto es, sobre el acceso al mercado español, no solo no puede discriminar entre nacionales y extranjero comunitarios, sino que no puede ser objetivamente tan restrictiva que afecte a la libre circulación intracomunitaria, a menos que se justifique, so pena de ser incompatible con el Derecho de la Unión. Los poderes públicos españoles deben estar alerta ante la permanente posibilidad de que sus regulaciones limitativas de la actividad económica interna sean declaradas contrarias al Derecho de la Unión. Controlar en exceso el acceso al mercado propio puede tener consecuencias jurídicas.

III. SOBRE LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La LGUM es un *Bolkestein* a lo grande. Extiende la liberalización que auspicia Bolkestein más allá de esta. En realidad la ley se llama «de garantía de la unidad de mercado» pero no es, en puridad, una ley tal, si entendemos por «garantía» la provisión de un mínimo de protección suficiente del objeto protegido. La LGUM es algo más que eso: es una ley de potenciación de la libertad de *acceso* al mercado español y de la libertad de *circulación* dentro del mercado español. En otras palabras, es una ley de maximización de la libertad de empresa y de la libertad profesional, que se proyecta sobre todas las actividades económicas en condiciones de mercado y sobre todos los operadores económicos legalmente establecidos en cualquier parte del territorio nacional (art. 2). Su objetivo real no es tanto (o no solo) garantizar un mercado único como potenciar un mercado único *libre*, porque se considera que ello contribuirá a generar –utilizo palabras del preámbulo– «un entorno más favorable a la competencia y la inversión, facilitando... la creación de empleo y de crecimiento, y en beneficio último de los consumidores y usuarios...» (Preámbulo I, p. 4).

Se trata de una ley muy ambiciosa en su planteamiento, que ha suscitado reacciones doctrinales críticas³⁵ y sobre la que penden varios recursos de inconstitucionalidad, pues incide muy intensamen-

³⁴ Doctrina reiterada por el TJUE con posterioridad. Véase, por ejemplo, la STJUE de 24 de marzo de 2011 (caso *Comisión contra España*). En ella, el TJUE resuelve un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión frente a España en relación con la normativa catalana de instalación de «grandes superficies». El TJUE, tras negar, frente a lo que alega la Comisión, que estemos ante un caso de discriminación indirecta, declaró contrarios a la libertad de establecimiento determinados aspectos de dicha normativa, aplicando la doctrina de las medidas «indistintamente aplicables».

³⁵ Véanse, por ejemplo, los trabajos de MUÑOZ MACHADO (2014), REBOLLO PUIG (2014) y FERNÁNDEZ FARRERES (2014) y TORNOS MAS (2014). Contamos ya con un estudio sistemático de la ley: ALONSO MAS (dir.) (2014). *Una posición comprensiva con la LGUM*, en AGUDO GONZÁLEZ (2015).

te en las competencias de las comunidades autónomas en materia económica. No puedo dar cuenta detallada de la ley. Me centraré en el análisis de los capítulos IV y V, en donde se encuentra su contenido sustantivo, su núcleo duro, en donde localizamos sus disposiciones maximizadoras de la libertad de establecimiento (capítulo IV) y de la libertad de circulación inter-autonómica (capítulo V)³⁶.

2. LA MAXIMIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO: ANÁLISIS (CONSTITUCIONAL) DEL CAPÍTULO IV DE LA LGUM

2.1. Lo que dice la ley

En el capítulo IV de la ley se proclama un principio (art. 16) y se establecen reglas que concretan ese principio (arts. 17 y 18).

2.1.1. El artículo 16: El principio de libre iniciativa económica

En el artículo 16 («Libre iniciativa económica») se contienen dos normas. La primera proclama, efectivamente, un principio, la libre iniciativa económica: «el acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional». Esta norma, más propia de un texto constitucional que de una ley, debe ponerse en conexión con la norma del artículo 2 («ámbito de aplicación»): las actividades económicas a las que se refiere son las actividades económicas *en condiciones de mercado*. Hay que entender, por tanto, que quedan fuera de la proclama general las actividades *extra-mercado* (las prohibidas o las asumidas en régimen de *imperium* por los poderes públicos).

Esta declaración general es coherente con la proclamación de la libertad de empresa *ex artículo 38 de la CE*, tal como ha sido interpretada por el TC, en tanto comprende el derecho a *iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial*³⁷. Debe advertirse, además, que las actividades eco-

³⁶ Junto con el «contenido sustantivo», en el articulado de la LGUM hay también un «contenido instrumental», un conjunto de disposiciones que proveen de instrumentos para facilitar o hacer efectiva la unidad de mercado. Se puede distinguir entre instrumentos de cooperación entre Administraciones públicas e instrumentos de garantía de las libertades de establecimiento y circulación. Dentro de los instrumentos de cooperación se puede distinguir a su vez entre dos grupos de instrumentos: instrumentos orgánicos (capítulo III –lo más novedoso es la creación del Consejo para la Unidad de Mercado–) y procedimentales (la ventanilla única y el sistema de intercambio electrónico de datos –arts. 22 a 24). Lo más novedoso es la puesta a disposición de los operadores económicos de instrumentos procesales de garantía de su libertad de establecimiento y circulación (capítulo VII): un «recurso administrativo» especial, alternativo al ordinario (art. 26 LGUM); y un recurso contencioso-administrativo especial, en garantía de la unidad de mercado (regulado en un nuevo capítulo IV del título V de la Ley de lo *contencioso-administrativo*), que no están legitimados para interponer (legitimado lo está en exclusiva la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia –art. 28 de la LGUM–), pero que sí pueden instar y en el que, en todo caso, pueden acabar interviniendo, como parte recurrente, y no como meros coadyuvantes, una vez iniciado el proceso (art. 127 ter.7 de la Ley de lo *contencioso-administrativo*). Un análisis específico de los instrumentos de protección en CARLON RUIZ (2014) y PADRÓS REIG y MACÍAS CASTAÑO (2014). Véase también ALONSO MAS (2014).

³⁷ *Vid.* STC 83/1984, FJ 5.º, párr. 5. Sobre el contenido esencial de la libertad de empresa, *vid.* CIDONCHA MARTÍN (2006), cap. VI. En relación con la libertad de empresa, *vid.* con posterioridad, GARCÍA VITORIA (2008).

nómicas a que se refiere la ley no son solo las actividades empresariales, objeto de la libertad de empresa del artículo 38 de la CE, también las profesionales, objeto de la libertad de profesión u oficio *ex* artículo 35.1 de la CE. A los efectos de la Ley, por actividad económica se entiende «cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta ajena de los medios de producción, de los recursos humanos, o de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios». En consecuencia, «operador económico» es «cualquier persona física o jurídica o entidad que realice una actividad económica en España», sea un empresario, en ejercicio de su libertad de empresa *ex* artículo 38 de la CE, o un profesional (un «autónomo») en ejercicio de su libertad profesional *ex* artículo 35.1 de la CE.

La segunda norma contiene *límites* a la posibilidad de *limitar* la libre iniciativa económica: el acceso a las actividades económicas (en condiciones de mercado) y su ejercicio «solo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales». La LGUM se «autoerige» en límite y parámetro de validez de las normas (estatales, autonómicas y locales) que limiten la libre iniciativa económica en cualquier sector de la economía, estén o no atribuidas a la competencia del Estado. Se trata, sin duda, de una norma osada, de factura *cuasiconstitucional*.

2.1.2. El artículo 17 de la ley: Instrumentación del principio de necesidad y proporcionalidad

El precepto concreta la segunda norma del artículo 16, porque establece límites a toda actividad de limitación de la libre iniciativa económica consistente en sujetar a autorización previa el inicio de actividades económicas. Estos límites son, de un lado, la reserva de ley y, de otro, los principios de necesidad y proporcionalidad, ambos recogidos en el apartado 1.

La exigencia de norma con rango de ley para establecer un régimen de autorización previa no estaba expresamente prevista ni en el anteproyecto ni en el proyecto de ley, fue introducida en la tramitación parlamentaria. No se afirma *expressis verbis* pero se deduce claramente de la letra de la ley, en tanto se dice que los principios de necesidad y proporcionalidad «habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca» el régimen de autorización previa; y en tanto se añade: «Cuando el régimen de autorización se exija por norma comunitaria o tratado internacional las autorizaciones podrán estar previstas en una norma con rango inferior a la Ley» (art. 17.1). Se trata así de una exigencia que cede cuando el régimen de autorización venga impuesto por una norma comunitaria o un tratado internacional (que hacen las veces de normas habilitantes). Y, obviamente, no se trata de una reserva de ley en sentido propio o material (que solo es la establecida por la Constitución), sino una reserva formal o impropia, que vincula al titular de la potestad reglamentaria pero no al legislador futuro³⁸.

³⁸ En palabras del maestro SANTAMARÍA PASTOR: «Aun cuando en la llamada reserva formal se produce, en efecto, una exclusión de la actuación de la potestad reglamentaria, no parece que pueda calificarse estrictamente de reserva de ley (...) El fenómeno que tiene lugar es, como se ha dicho gráficamente, el de una *congelación de rango* normativo: regulada una materia a nivel de ley, queda excluida una regulación paralela y distinta mediante reglamento, que sería

Al límite formal (la «reserva de ley») añade el artículo 17 un límite material, que es a su vez una concreción y una singularización de lo dispuesto en el artículo 5 de la ley. Esta disposición incluye, entre los principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación, el «principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes»³⁹. Conforme al artículo 5, cualquier límite al acceso a una actividad económica o a su ejercicio establecido por una «autoridad competente»⁴⁰ debe estar motivado en «la salvaguarda de alguna razón de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio»⁴¹ (la conocida como Ley Paraguas); y, además, «deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica». Estamos, pues, ante el test de proporcionalidad *mitilado*, en línea con lo que podemos llamar «filosofía Bolkestein». Pero la ley extiende el test Bolkestein, circunscrito en la directiva a los regímenes autorizatorios, a toda limitación al acceso o al ejercicio de actividades económicas.

Lo que hace el artículo 17 es concretar el principio del artículo 5 para una limitación específica de la libre iniciativa económica: la autorización previa⁴². A este respecto, determina con carácter vinculante cuando concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, en tanto permiten a las «autoridades competentes» establecer un control previo vía autorización (o inscripción en un registro con carácter habilitante) del acceso de los operadores económicos a todas

sencillamente ilegal por contradecir la de superior jerarquía ... Reserva en sentido estricto existe, pues, solamente cuando la exigencia de regulación por ley vincula tanto al reglamento como a la ley misma; lo que notoriamente no existe en la llamada reserva formal, desde el momento en que el propio legislador, mediante una nueva ley, puede en cualquier momento eliminar la «reserva» anteriormente establecida» [SANTAMARÍA PASTOR (1991), pág. 777].

Pienso particularmente que someter a un régimen de autorización previa el inicio de una actividad empresarial es una limitación muy intensa de la libertad de empresa y, por tanto, ello debe hacerse mediante una norma con rango de ley, porque así lo exige la reserva general de ley en materia de derechos fundamentales *ex* artículo 53.1 de la CE.

³⁹ La LGUM, después de dedicar el capítulo I (disps. generales) a fijar su objeto (art. 2) y su ámbito de aplicación (art. 2), establece en el capítulo II (arts. 3 a 9) una serie de principios de «garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación». Uno de ellos es el del artículo 5.

⁴⁰ Por «autoridad competente» entiende la ley «cualquier organismo o entidad que lleve a cabo la regulación, ordenación o control de las actividades económicas, o cuya actuación afecte al acceso a una actividad económica o su ejercicio y, en particular, las autoridades administrativa estatales, autonómicas y locales y los colegios profesionales y, en su caso, los consejos generales y autonómicos de los colegios profesionales» [vid. anexo c) de la LGUM].

⁴¹ Estas razones son: 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 derechos, la seguridad y la salud 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.

⁴² Por «autorización, licencia o habilitación» entiende la ley «cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija a un operador económico con carácter previo para el acceso a una actividad económica o su ejercicio» [vid. anexo f) de la Ley]. Además, «las inscripciones en registros con carácter habilitante tendrán a todos los efectos carácter de autorización» [art. 17.2 *in fine* de la ley].

las actividades económicas en condiciones de mercado: «cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realice la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación» [art. 17.1 a)]⁴³. Se trata, una vez más de la «filosofía Bolkestein», pero aplicada, respecto de los regímenes autorizatorios, a todo tipo de actividades económicas de mercado. Esto es: la regla general es la libertad de acceso, la excepción, la autorización previa. Y la excepción, para estar justificada, deberá superar el test de proporcionalidad *mutilado*. Ocurre que la ley cierra el test, dejando muy poco margen de manobra a las «autoridades competentes».

Por un lado, la ley cierra las razones (las razones imperiosas de interés general) por las cuales se puede someter a autorización previa el acceso a una actividad económica privada. Solo son cuatro las razones posibles: orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente. En este sentido, reduce el elenco de razones posibles para limitar el acceso a actividades económicas que prevé el artículo 5: si esta disposición permite limitar el acceso a una actividad económica por un elenco amplio aunque cerrado de razones –las previstas en el art. 3.11 de la Ley Paraguas–, cuando esa limitación consista en el establecimiento de un régimen de autorización previa, no cabrá invocar todo ese elenco de razones, sino tan solo cuatro de ellas. Fuera de esas cuatro razones no cabe imponer una autorización administrativa previa (o la inscripción en un registro con carácter habilitante) y el operador económico debe poder iniciar libremente su actividad, sin más que formular una declaración responsable o una comunicación previa a la autoridad administrativa correspondiente⁴⁴, cuando así le sea exigible. Y aun la exigencia de estas dos últimas técnicas de intervención está sujeta a límites: solo procederá cuando responda a alguna razón imperiosa de interés general (sin que se imponga un elenco cerrado de ellas) y sea proporcionada (apdos. 2 y 3 del art. 17).

⁴³ Esta regla es la que opera en relación con los operadores económicos, por el mero hecho de querer iniciar una actividad económica. Ahora bien, en cuanto pretendan proveerse de instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de su actividad, se podrá sujetar a autorización previa la erección de esas infraestructuras «cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante una declaración responsable o de una comunicación» [art. 17.1 b)]. En fin, cuando el número de operadores económicos posibles del mercado de que se trate sea limitado, bien por la escasez de recursos naturales, bien porque supone la utilización de dominio público, bien porque la actividad económica sea un servicio público sometido a tarifas regulares, *ope legis* se considera que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad y se habilita para establecer un régimen de autorización previa [art. 17.1 c)]. En fin, en todo caso, *será exigible la autorización previa* (que no «se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización», como, con defectuosa formulación, dispone la ley) «cuando así lo disponga la normativa de la Unión Europea o tratados o convenios internacionales, incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución» [art. 17.1 d)].

⁴⁴ Sobre el significado legal de los conceptos «declaración responsable» y «comunicación previa», véase el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, introducido por el artículo 2 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (la popularmente conocida como «Ley Ómnibus»).

Por otro lado, la ley cierra el control de proporcionalidad (en rigor, el control de necesidad o sustituibilidad, en la lógica del principio de proporcionalidad): dándose alguna de las cuatro razones anteriores, solo procede someter a autorización previa el acceso a una actividad económica privada cuando esas razones no puedan salvaguardarse mediante una declaración responsable o una comunicación previa del operador económico. Al igual que la Ley Paraguas, la LGUM configura expresamente la comunicación previa y la declaración responsable como técnicas alternativas de control preferibles a la autorización en sentido estricto. Esta es siempre el último recurso, utilizable solo cuando no haya otro remedio menos restrictivo de la libertad de empresa igualmente eficaz para conseguir el objetivo imperioso de interés general que se pretende⁴⁵.

La LGUM constriñe a los poderes públicos (el estatal y los autonómicos y locales) la posibilidad de limitar mediante autorización previa el acceso a cualquier actividad económica en condiciones de mercado. Aplica así a todas las actividades económicas el principio de «intervención mínima» que la Directiva Bolkestein impone a toda la Unión Europea en las actividades de servicios. Lo aplica y lo exagera, porque, como se dirá después, la directiva no hace una relación cerrada de razones imperiosas de interés general que puedan justificar el establecimiento de regímenes autorizatorios.

Curiosamente, en contraste con el espíritu liberalizador que la anima, la LGUM no sujeta expresamente a control la limitación del acceso a actividades económicas a través de dos medidas más poderosas que la autorización previa: la prohibición (pura y dura) de una actividad económica o la *publicatio* de la misma⁴⁶. Hay que entender, en línea con el artículo 2, que la ley contrae su ámbito de aplicación a las actividades económicas de mercado, excluyendo las prohibidas o «publicadas». Las decisiones de prohibir o «publicar» una actividad económica constituyen limitaciones más intensas de la libre iniciativa económica privada que la decisión de someterla a autorización previa y, paradójicamente, esas decisiones quedan fuera del radio de control de la ley⁴⁷.

⁴⁵ A diferencia de la Directiva Bolkestein, la LGUM no acota el campo de acción del regulador cuando somete legítimamente a autorización previa el acceso a una actividad económica. La directiva, entre otras reglas, establece la prohibición de limitar la duración de las autorizaciones, salvo excepción justificada (art. 11), o la exigencia de un procedimiento público de selección de candidatos cuando el número de autorizaciones sea limitado debido a la escasez de los recursos naturales o de las capacidades técnicas (art. 12). La LGUM nada dice de la duración de las autorizaciones y, por otro lado, como ya he indicado, se limita a considerar legítimo someter a autorización previa una actividad cuando el número de operadores económicos sea limitado (bien por la escasez de recursos naturales, bien por la utilización del dominio público, bien por la existencia de inequívocos impedimentos técnicos, bien por la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas).

⁴⁶ En relación con la *publicatio*, la ley se limita a dar por válida la exigencia de autorización previa para la participación privada en servicios públicos sometidos a tarifas reguladas [art. 171 c)], pero nada dice respecto de la necesidad de someter a limitación la decisión misma de configurar una actividad como de servicio público.

⁴⁷ La CNC (hoy Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia), en su informe al anteproyecto de ley, recomendó incluir expresamente entre las actuaciones en las que las autoridades competentes habrían de garantizar los principios de la ley, entre otras, la decisión de considerar un servicio como público (pág. 12 del Informe).

2.1.3. El artículo 18 de la LGUM: ¿Lista negra o gris de requisitos?

El último de los preceptos del capítulo IV establece una lista de posibles actuaciones de las autoridades administrativas que limitan la libertad de establecimiento y/o circulación por no cumplir los principios del capítulo II (en rigor, el principio de no discriminación y el de proporcionalidad *mutitado*). Clasifico estos requisitos (mejor que «actuaciones», que es la defectuosa redacción de la ley) de la siguiente forma:

1. Requisitos que limitan la libertad de establecimiento y/o la libertad de circulación por discriminatorios [letra a) del apartado 2 del art. 18].
2. Requisitos que limitan básicamente la libertad de circulación (afectan al principio de eficacia en todo el territorio nacional del capítulo siguiente): bien exigencias de obtención de una autorización (o similar) o de una declaración responsable o comunicación en el territorio de una autoridad competente distinta de la de origen [art. 18.2 b)]; bien exigencias de requisitos adicionales a los exigidos en el lugar de origen [de cualificación profesional –letra c)–, de seguros de responsabilidad civil –letra d)–, de especificaciones técnicas –letra e)–, de equivalencia de condiciones para la obtención de ventajas económicas –letra f)–, de naturaleza económica –letra g)– o de acreditación de la realización de inversiones en el territorio de la autoridad de destino –letra h)–.
3. Por último, la letra i) del apartado 2 del artículo 18 incorpora una cláusula residual un tanto extraña: cualquier otro requisito *que no guarde relación con el objeto de la actividad económica o su ejercicio*. En realidad, un requisito de este tipo debería estar prohibido por arbitrario o inidóneo para alcanzar el objetivo pretendido, siguiendo la lógica del test de «idoneidad» o «adecuación».

La ley no aclara si lo que contiene el artículo 18 es una lista «negra» de requisitos absolutamente prohibidos, o, más bien, una lista «gris» de requisitos potencialmente restrictivos, pero que pueden establecerse siempre que superen el control de proporcionalidad *mutitado*⁴⁸. Desde luego, los requisitos del primer grupo (los discriminatorios) encajan muy bien en una lista «negra». En cuanto a los requisitos del segundo grupo, su ubicación correcta debiera haber sido el capítulo IV y, en mi opinión, como una lista «gris» de requisitos potencialmente restrictivos de la libre circulación, cuya legalidad podría salvarse si se acredita que son proporcionados. Pero no es esta la lógica de la LGUM, que entiende el principio de «eficacia en todo el territorio nacional» como un principio absoluto. Sobre esto se volverá después.

⁴⁸ La Ley Paraguas, en aplicación de la Directiva Bolkestein, sí distingue entre una lista «negra» de requisitos prohibidos (art. 10, que incorpora del artículo 14 de la directiva) y una lista «gris» de requisitos potencialmente restrictivos, pero que pueden establecerse siempre que se acredite, tras evaluación, que son proporcionados y no discriminatorios (art. 11, que incorpora el artículo 15 de la Directiva).

2.2. Consideraciones críticas

Es evidente que al legislador de la LGUM le anima un espíritu liberalizador. La muestra más clara es precisamente el capítulo que comento ahora. En este punto, la ley no es realmente una ley de garantía de la unidad de mercado, sino una ley de potenciación de la libertad de empresa y, por ende, de la libertad profesional. Como ya he dicho, lo que se persigue con la imposición de *límites a la limitación* de la libre iniciativa económica privada, en particular el consistente en exigir autorización previa para poner en marcha actividades económicas privadas, no es tanto garantizar un mercado único como potenciar un mercado *libre*.

También es evidente que la LGUM va más allá de lo que exige la Directiva Bolkestein. Estamos ante Bolkestein, pero ampliado y exacerbado. *Ampliado*, porque la Directiva auspicia la liberalización de las actividades de servicios y no de todas ellas (hay numerosos sectores excluidos), mientras que la ley extiende la liberalización (la filosofía Bolkestein) a todas las actividades económicas en condiciones de mercado⁴⁹. *Exacerbado* porque la directiva solo limita, sometiendo al control de proporcionalidad (mutilado), las intervenciones autorizatorias previas y, además, no cierra las razones imperiosas de interés general que puedan justificarlas (como ya se ha dicho); por el contrario, la LGUM somete a control de proporcionalidad (mutilado) toda limitación a la libre iniciativa económica (bien sea al acceso, bien sea al ejercicio), y, además, cierra a los poderes públicos (las autoridades competentes) las razones para limitarla, que se reducen a las del artículo 3.11 de la Ley Paraguas y a solo cuatro cuando la limitación consista en someter a autorización previa el inicio de actividades económicas. Estamos, sin duda, ante una operación de liberalización «masiva», mucho más allá de lo querido por Bolkestein.

Pero que el legislador de la LGUM haya ido más allá de lo que exige el Derecho de la Unión Europea, por más que se pueda criticar (o elogiar), no merece reproche jurídico. Se trata de una decisión interna del Estado español, en uso de su soberanía que, en tanto no conculque el ordenamiento de la Unión Europea (y la jurisprudencia del TJUE), es perfectamente válida desde la perspectiva comunitaria. Tampoco merece, en principio, reproche jurídico-constitucional, se pueda criticar (o no), el que el legislador estatal, transido de un espíritu liberalizador, ponga coto a la tentación de nuestros poderes públicos de someter a autorización previa el ejercicio de todo tipo de actividades económicas. No lo merece, en principio (siempre «en principio»), ni desde la perspectiva sustantiva ni desde la perspectiva competencial.

Desde una perspectiva sustantiva, se trata de una operación constitucionalmente legítima: forma parte de la libertad del legislador democráticamente elegido expandir la libertad de empresa (y la libertad profesional), siempre que con ello no se lesionen otros derechos o bienes constitucionales reconocidos. Es más, pienso particularmente que someter a autorización previa el acceso a una actividad económica privada es una limitación intensa de la libertad de empresa (tanto más

⁴⁹ No solo a la actividad de prestación de servicios, incluidos los excluidos expresamente de la directiva [«como por ejemplo las comunicaciones electrónicas; el transporte, las empresas de trabajo temporal, la seguridad privada, etc.» (Preámbulo I, p. 5)], sino también a la actividad de producción y distribución de bienes.

cuanto más discrecional y menos reglada sea). Exigir que una medida tal esté justificada no parece descabellado⁵⁰; y, además, exigir que esa justificación se haga con arreglo al principio de proporcionalidad *mitilado* es coherente con la Directiva Bolkestein y (a buen seguro por influencia de esta), con la jurisprudencia posterior del TJUE, como ya se ha dicho.

Desde la perspectiva competencial, la decisión del legislador estatal de imponer a las comunidades autónomas lo que hemos dado en llamar «filosofía Bolkestein» en materia autorizatoria es también, *prima facie*, una operación legítima⁵¹. Al menos lo es con base en el artículo 149.1.13.^a CE (ordenación general de la economía) si seguimos la jurisprudencia del TC. Que el Estado puede apoyarse en esa cláusula competencial para calificar como norma básica aquella que fija requisitos para establecer regímenes autorizatorios (requisitos vinculantes para las comunidades autónomas) lo atestigua la STC 26/2012, cuya doctrina ha sido confirmada en STC 193/2013. En esa sentencia, el TC declaró que determinadas normas estatales tenían carácter básico; entre ellas la del artículo 5 de la Ley 17/2009 (la Ley Paraguas), que traspone al ordenamiento interno la filosofía Bolkestein para los servicios: la regla general es el no sometimiento a autorización previa y el establecimiento excepcional de regímenes de autorización está sujeto a los requisitos que ya conocemos. Y las razones del TC son claras: «pueden considerarse previsiones básicas en materia económica en cuanto que prevén un marco más flexible y transparente para el acceso y ejercicio de las actividades de servicios, estableciendo que deben eliminarse todos aquellos regímenes de autorización que no estén justificados por una razón imperiosa de interés general a fin de asegurar que los controles administrativos previos para el ejercicio de una actividad [...], no constituyan obstáculos indebidos para el acceso al mercado. **El Estado puede legítimamente perseguir estos objetivos al amparo de sus competencias, en particular, la relativa a la ordenación general de la economía ex art. 149.1.13 CE**» (STC 26/2012, FJ 5.º –la negrita es mía–). Que la norma del artículo 17 de la LGUM encuentra sustento competencial en el artículo 149.1.13.^a CE es, pues, claro, si seguimos la jurisprudencia reciente del TC.

También creo que, con base en la jurisprudencia del TC, es posible sostener *ex art.* 149.1.1.^a CE la competencia del Estado para dictar la norma del artículo 17. Debe recordarse que el TC tiene declarado que la economía de mercado «resulta incompatible con posiciones jurídicas básicamente distintas de los diversos operadores»; de manera que, en concreto, la libertad de empresa «exige que las distintas empresas de un mismo sector se hallen sometidas al *mismo género de limitaciones básicas en todo el territorio nacional*» (STC 109/2003, FJ 8.º –la cursiva es mía). Es, pues, plausible defender *ex art.* 149.1.1.^a de la CE que el Estado sea competente para establecer criterios uniformes a los que deban atenerse los poderes públicos a la hora de establecer regímenes autorizatorios. La norma del artículo 17 garantiza que los empresarios y profesionales estén sujetos a iguales condiciones básicas en el ejercicio de su libertad de empresa y su libertad profesional.

⁵⁰ Así lo pienso desde siempre: *vid.* CIDONCHA MARTÍN (2006), pág. 312.

⁵¹ En contra, MUÑOZ MACHADO, a quien le parece constitucionalmente incorrecto que la eliminación de las intervenciones previas la disponga una ley general del Estado. Para el autor, ello debe ser decidido por las comunidades autónomas en los sectores de su competencia y no de modo genérico, mediante una ley estatal [MUÑOZ MACHADO (2014): 7]

El problema de la LGUM es que ha incurrido, en el capítulo que comento, en algunos excesos, que estaban ya presentes en el proyecto de ley, que no se corrigieron y que debieron corregirse en la tramitación parlamentaria. La ley incurre en un exceso: en el artículo 5.1, cuando reduce las razones para establecer límites al acceso o al ejercicio de actividades económicas a un elenco amplio, pero cerrado (las razones imperiosas de interés general relacionadas en el artículo 3.11 de la Ley Paraguas –que ya incurre a su vez en un exceso–); en el artículo 16, cuando dispone que los únicos límites que se pueden imponer al acceso *a* y al ejercicio *de* actividades económicas son los que establezca ella misma, amén de los que imponga la normativa de la Unión Europea o los tratados o acuerdos internacionales; y, en particular, en el artículo 17, cuando solo admite como razones para someter a autorización previa el acceso a una actividad económica un elenco aún más cerrado de razones, solo cuatro (orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente).

El legislador ha incurrido en un exceso porque la libertad de empresa (también la libertad profesional), como cualquier derecho fundamental, tiene límites que, desde la STC 11/1981, son tanto los directos o expresamente reconocidos a la misma, como los indirectos, esto es, los que se deriven de la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales⁵². Al cerrar las razones para limitar la libertad de empresa (y la libertad profesional), el legislador ignora otros posibles límites que pueden establecerse legítimamente. Piénsese, por ejemplo, en la defensa de la productividad, límite expresamente reconocido en el artículo 38 de la CE y que, con la ley en la mano, no podrá invocarse para limitar el acceso *a* o el *ejercicio de* ninguna actividad económica. O piénsese, por ejemplo, en la protección de los consumidores (bien constitucionalmente reconocido en el art. 51 CE), que no podrá invocarse para supeditar a autorización previa el inicio de ninguna actividad económica (tan solo, en su caso, podrá supeditarse a una declaración responsable o una comunicación previa).

Obviamente, la LGUM no vincula al legislador estatal futuro. Se trata de una ley ordinaria de carácter general que podrá entenderse derogada por la normativa estatal posterior (general o incluso sectorial) que la contradiga⁵³. El problema es que las comunidades autónomas tienen atribuidas competencias (incluso exclusivas) en muchos sectores económicos (*v. gr.*, la protección de los consumidores). Al cerrar las razones para limitar la libertad de empresa (y la libertad profesional), la LGUM, cuya normativa vincula a las comunidades autónomas (véase la disposición final cuarta), constriñe al legislador autonómico. Este, aunque no ve reducido su ámbito de competencias, sí ve afectado su ejercicio efectivo, que se ve sometido a un límite nuevo impuesto por el Estado: no afectar las libertades citadas nada más que por determinadas razones estableci-

⁵² Es más, tratándose de las libertad de empresa y de la libertad de profesión, cabe establecer límites por cualquier fin no prohibido por la Constitución, aunque no esté enunciado en ella: *vid.* a este respecto, STC 83/1984, FJ 3.º.

⁵³ Va de suyo que tampoco vincula al TC. Este, en cuanto intérprete supremo de la Constitución, no está atado a la «interpretación» expansiva de la libertad de empresa que hace la LGUM. Muy al contrario, el TC ha sostenido tradicionalmente una interpretación expansiva *de los límites* que pueden establecer los poderes públicos a la libertad de empresa. Dicho de otra forma, ha sido muy deferente con el legislador, a quien ha permitido limitar la libertad de empresa por cualesquiera razones (constitucionales o no) sin más que superar un test de *razonabilidad*. Un ejemplo reciente y claro de esta deferencia puede verse en la STC 53/2014, FJ 7.º.

das por aquel. El exceso de legislador deviene así en una limitación de la esfera de actuación de las comunidades autónomas más allá de lo razonable y más que posiblemente inconstitucional⁵⁴.

3. LA MAXIMIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN: ANÁLISIS (CONSTITUCIONAL) DEL CAPÍTULO V DE LA LEY (Y OTRAS DISPOSICIONES ALEDAÑAS)

3.1. Lo que dice la ley

A la libertad de circulación inter-territorial se refiere el capítulo V («Principio de eficacia en todo el territorio nacional») –arts. 19 y 20–, que concreta lo establecido en artículo 6 de la ley, en el que se proclama el principio general: «Los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes relacionados con el libre acceso y ejercicio de la actividad económica tendrán eficacia en todo el territorio nacional, de acuerdo con lo establecido en el capítulo V de esta Ley». Pero no solo hay que tener en cuenta ese capítulo, sino también el capítulo VI («Supervisión de los operadores económicos»).

La ley trata de hacer (más) efectiva la libre circulación inter-territorial a través de lo que denomina «principio de eficacia en todo el territorio nacional» (rúbrica del capítulo V), que también se ha dado en llamar, en términos impropios, el principio de «licencia única» o, que también se puede llamar, utilizando la terminología Bolkestein, principio del «lugar de origen». En términos sintéticos, la regla es esta (art. 19.1 y 3): una vez establecido legalmente en un lugar del territorio nacional, conforme a los requisitos (o *no* requisitos) de la autoridad competente (la autoridad de origen)⁵⁵, todo operador económico podrá desplazarse a cualquier otro lugar del territorio nacional para ejercer su actividad sin necesidad de sujetarse a los requisitos de acceso establecidos por la autoridad competente de destino⁵⁶. Esta deberá asumir la validez de la regulación (o no regulación) de acceso del lugar de origen, aunque difiera de la suya. Eso sí, una vez desplazado, el operador económico se sujetará a los requisitos de *ejercicio* establecidos por la autoridad competente de destino.

⁵⁴ En idéntico sentido, REBOLLO PUIG (2014), págs. 8-9. En fase de anteproyecto, ya alertaba de la inconstitucionalidad de este extremo el voto particular concurrente al Dictamen del Consejo de Estado (Dictamen 631/2013), emitido por Enrique Alonso García.

⁵⁵ A efectos de la LGUM, por autoridad de origen se entiende la «autoridad competente del lugar del territorio nacional donde el operador esté establecido legalmente para llevar a cabo una determinada actividad económica» [letra d) del Anexo]. En caso de que haya conflicto para determinar cuál es la autoridad de origen, la disposición adicional décima (*Determinación de la autoridad de origen*) otorga al operador la facultad de elegir la autoridad de origen.

⁵⁶ A efectos de la LGUM, por autoridad de destino se entiende la «autoridad competente del lugar del territorio nacional donde un operador legalmente establecido en otro lugar del territorio nacional lleva a cabo una actividad económica, mediante establecimiento o sin él» [letra e) del Anexo].

Esta regla, aplicable a la circulación de sujetos (operadores económicos), se extiende a la circulación de productos: «Cualquier producto legalmente producido al amparo de la normativa de un lugar del territorio español podrá circular y ofertarse libremente en el resto del territorio desde el momento de su puesta en el mercado» (art. 19.2). En fin, la regla se relaja cuando se trata de requisitos (autorizaciones, declaraciones responsables o comunicaciones) vinculados a una concreta instalación o infraestructura física en el lugar de destino. En este caso, la autoridad competente de destino podrá exigir nuevos requisitos, pero estrictamente ligados a la instalación o infraestructura (art. 20.4, párrafo primero). Tampoco opera respecto de los actos administrativos relacionados con la ocupación de un determinado dominio público o cuando el número de operadores sea limitado en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas (art. 20.4 párrafo segundo).

Obviamente, cuando la actividad económica de que se trate es de competencia estatal no opera la regla del «lugar de origen»: es el Estado el que regula para todo el territorio nacional. La regla presupone que existe una pluralidad de autoridades competentes (autoridades administrativas autonómicas o locales o colegios profesionales). En esta tesitura, la supervisión y el control de los operadores económicos se reparte (art. 21 LGUM): la «autoridad de origen» será competente para controlar el cumplimiento de los requisitos de *acceso* a la actividad económica (o de fabricación y puesta al público del producto); la «autoridad de destino» será, por su parte, la competente para controlar el cumplimiento de los requisitos de *ejercicio* de la actividad económica. Pero será esta última la que tendrá que comprobar si un operador económico trasladado a su territorio cumple la normativa del lugar de origen (de oficio o a instancias de la autoridad de origen –art. 24.1 LGUM–). Para ello necesitará información sobre esa normativa de la autoridad de origen (art. 24.2 LGUM). A su vez, si detecta el incumplimiento de esa normativa, deberá comunicárselo a la autoridad de origen, que será la competente para controlar y, en su caso, sancionar al operador económico.

Como se aprecia a simple vista, el principio de «eficacia en todo el territorio nacional» exigirá mucha comunicación entre Administraciones si se quiere que funcione y no genere efectos indeseados. Para facilitar esa comunicación, el artículo 22 de la LGUM prevé la integración de la información obrante en los registros sectoriales (relativa a los operadores económicos, establecimientos e instalaciones) en una base de datos común, una «ventanilla única» ya prevista en la Ley Paraguas (Ley 17/2009) y auspiciada por la Directiva Bolkestein (en particular, la información relativa a actividades sometidas a autorización, declaración responsable o comunicación)⁵⁷. Y, para facilitar la integración en esa ventanilla única, el artículo 23 de la LGUM prevé la puesta a disposición de las autoridades competentes de un «sistema de intercambio electrónico de datos», que corresponde establecer al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a través de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas⁵⁸. Por último, la LGUM intensifica el deber

⁵⁷ La disposición adicional novena de la LGUM daba a las Administraciones públicas un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley para remitir los datos obrantes en los registros. Debe advertirse, por lo demás, que la integración en la ventanilla única de los datos de un operador no constituye en ningún caso requisito necesario para poder iniciar o ejercer una actividad económica (art. 22.5 LGUM).

⁵⁸ La disposición adicional novena de la LGUM prevé que ese sistema sea puesto a disposición de las autoridades competentes en el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley.

de intercambiar información cuando se trate de evitar perjuicios graves para la salud o la seguridad de las personas o para el medio ambiente. A este respecto, el artículo 25 dispone que las autoridades competentes cooperarán entre sí no solo mediante el intercambio de información, sino también, en su caso, mediante solicitudes de actuación, en los plazos más breves posibles, con objeto de adoptar las medidas que resulten necesarias.

Del funcionamiento eficaz de esa ventanilla única y de la voluntad de cooperación de las diferentes Administraciones públicas dependerá en buena medida el éxito de la ley en su intención de remover obstáculos a la libre circulación inter-autonómica. Debe repararse en que la LGUM impone el intercambio de información pero no establece consecuencia alguna en caso de incumplimiento. Además, pretender que una tarea tan compleja se pueda llevar a cabo sin coste económico alguno, como sugiere la memoria económica de la LGUM, no deja de producirme perplejidad. Porque no debemos olvidar que aquí no solo está en juego la libre circulación de los operadores económicos, tal como la entiende la ley, sino también la protección de todos nosotros como consumidores. Sobre esto último volveré al final de este trabajo.

3.2. Consideraciones críticas

En aquellos sectores económicos atribuidos a la competencia normativa de las comunidades autónomas⁵⁹, la LGUM ofrece al operador económico que desea establecerse en cualquier lugar del territorio nacional la posibilidad de elegir entre las diversas normativas autonómicas y escoger aquella que le sea más favorable: una vez instalado en aquella comunidad (la de origen) que le ofrezca mejores condiciones, podrá desplazarse a otra comunidad sin sujetarse a la normativa de esta (la comunidad de destino). La LGUM proporciona a los operadores económicos una suerte de «Derecho a la carta»⁶⁰. Siendo esto así, es posible que la ley estimule una carrera (a la baja) entre comunidades autónomas por relajar las barreras de acceso a sus mercados al objeto de atraer a los «operadores económicos». Este posible efecto (barrunto que no precisamente «indeseado» por el legislador) es lo que se ha calificado como «*dumping regulatorio*»⁶¹.

Por otro lado, la LGUM va de nuevo más allá de la Directiva Bolkestein. La directiva exige, con carácter general, que las autorizaciones, con independencia de quién las conceda (una autoridad estatal, una autoridad regional o una autoridad local), valgan para ejercer la actividad de servicios de

⁵⁹ El principio de eficacia en todo el nacional se proyecta no solo sobre las comunidades autónomas, pero son estas las principales afectadas por él. Las consideraciones que siguen se centrarán, pues, en el impacto del principio sobre ellas.

⁶⁰ Derecho a la carta que tiene su corolario más extremo en la facultad de elegir la autoridad de origen que la disposición adicional décima de la LGUM otorga a los operadores que están establecidos en más de un lugar.

⁶¹ *Vid.* TORNOS MAS (2014), pág. 160. Para TORNOS, el principio de eficacia pretende conseguir que en todo el territorio nacional se imponga por la fuerza de los hechos aquella normativa más liberalizadora, aquella que contenga menos requisitos para el ejercicio de una actividad económica o para la circulación de un producto. Al imponer la extensión de esa normativa en los territorios de destino se está generalizando la aplicación de la normativa menos interventora.

que se trate en todo el territorio estatal, pero admite como excepción que se limiten a una parte específica del mismo, siempre que ello se justifique por una razón imperiosa de interés general⁶². La LGUM desborda, una vez más, el planteamiento de la directiva: la autorización de cualquier autoridad competente (estatal, por supuesto, pero también autonómica o local) –autoridad de origen– para acceder a una actividad económica permitirá al operador ejercer dicha actividad en cualquier parte del territorio nacional, sin que proceda *en ningún caso* exigir una segunda autorización de *acceso* por ninguna otra autoridad (autoridad de destino)⁶³. Es más, la autoridad de destino deberá asumir la plena validez de los requisitos de acceso establecidos por la autoridad de origen, sean autorizaciones u otros. Incluso si en la normativa del lugar de origen no se exige requisito alguno, ese operador podrá circular por toda España sin que se le pueda exigir requisito de acceso alguno (art. 19.3 LGUM).

Ocurre también aquí que la decisión de ir más allá del ordenamiento de la Unión Europea podrá criticarse (o elogiarse) pero, en tanto no se conculque ese ordenamiento, esa decisión soberana es válida desde la perspectiva comunitaria. Como también puede criticarse (o elogiarse) el que la LGUM estimule una carrera a la baja entre normativas autonómicas para atraer operadores económicos. Esto tampoco tiene en sí trascendencia desde el punto de vista jurídico-constitucional, por más que moleste a unos y entusiasme a otros.

Además, en descargo de la ley podría decirse que se enfrenta a un problema (real o presunto), la ruptura de la unidad de mercado, pero no lo resuelve armonizando las normas autonómicas, porque «no tiene como finalidad uniformar los ordenamientos jurídicos» (Preámbulo I). El problema lo resuelve dotando de eficacia en todo el territorio nacional a las decisiones adoptadas en la comunidad autónoma de origen, al amparo de su propia normativa. Esto es, se respeta la diversidad de regulación, pero se evitan duplicidades que obstaculizan la libertad de circulación y suponen costes para las empresas. Se consigue así aparentemente la cuadratura del círculo: garantizar de forma efectiva la unidad del mercado nacional sin uniformar los ordenamientos autonómicos y, por tanto, con pleno respeto de la autonomía de las comunidades autónomas.

En realidad, la solución adoptada por la LGUM, so pretexto de evitar la uniformidad (y de respetar el principio de autonomía), produce algunos efectos que sí tienen, a mi juicio, trascen-

⁶² Artículo 10.4 de la directiva: «La autorización deberá permitir al prestador acceder a la actividad de servicios o ejercerla en la totalidad del territorio nacional, incluido mediante la creación de agencias, sucursales, filiales u oficinas, salvo que haya una razón imperiosa de interés general que justifique una autorización individual para cada establecimiento o de una autorización que se limite a una parte específica del territorio». La Ley Paraguas, yendo más allá de la directiva, reducía las razones imperiosas de interés general que podían justificar una autorización (o una declaración responsable o una comunicación) limitada territorialmente a estas: orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente (art. 7.3 párrafo segundo). La disposición final segunda.dos de la LGUM da nueva redacción al apartado 3 del artículo 7. En esa nueva redacción desaparece el párrafo segundo al que me acabo de referir.

⁶³ Salvo lo que hemos indicado respecto de la posibilidad que tiene la autoridad de destino de exigir requisitos adicionales (que pueden ser autorizaciones) en relación con las infraestructuras de las que se provea el operador económico en el lugar de destino; o cuando la actividad en el lugar de destino suponga ocupación de dominio público; o cuando el número de operadores sea limitado en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas (art. 20.4 LGUM).

dencia jurídico-constitucional. Es verdad que no se altera formalmente la titularidad de las competencias autonómicas, pero sí se altera su ejercicio efectivo de forma extraordinariamente intensa: por un lado, la comunidad autónoma de origen verá como su normativa tendrá efectos más allá del territorio de su competencia; por otro, la comunidad autónoma de destino verá como su normativa no surtirá efectos en el territorio de su competencia. En la práctica, el respeto a la diversidad se paga a un doble precio muy alto: primero, la ineficacia de las normas de las «comunidades autónomas de destino» y, segundo, la eficacia, más allá de su territorio, de las normas de las «comunidades autónomas de origen».

Se trata de un precio muy alto porque la aplicación del principio conduce, *de facto*, a un vaciamiento competencial de las comunidades autónomas de destino: estas conservan formalmente sus competencias, pero no ocurre, como con la regulación de los regímenes autorizatorios (capítulo IV), que se condicione su ejercicio; ocurre simplemente que no podrán ejercerlas, en beneficio de las comunidades autónomas de origen. So pretexto de evitar la armonización, el efecto del principio sobre la autonomía constitucionalmente garantizada a las comunidades *de destino* es muy intenso.

Sucede, además, que el principio de «eficacia en todo el territorio nacional», tal como lo configura la ley, implica, *de iure*, una afectación muy intensa, cuando no una quiebra abierta del principio de territorialidad que preside el ejercicio de las competencias autonómicas. Se trata este de un principio que el TC no ha dudado en calificar de «principio implícito al propio sistema de autonomías territoriales» (STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 45.º) y que, además, está recogido, de una u otra forma, en la mayoría de los Estatutos de Autonomía⁶⁴. En palabras del Alto Tribunal, el territorio autonómico [cuya delimitación está reservada al Estatuto de Autonomía –art. 147.2 b) CE–] «se configura como un elemento definidor de las competencias de cada comunidad autónoma en su relación con las demás comunidades autónomas y con el Estado», de manera que las competencias de las comunidades autónomas «se circunscriben a su ámbito territorial» (STC 3/2014, FJ 3.º, reiterando jurisprudencia precedente).

En consecuencia, al territorio autonómico se circunscribe el ámbito espacial de validez, pero también de aplicabilidad de las normas (y actos) dictadas por las comunidades autónomas en ejercicio de sus competencias⁶⁵. Siendo esto así, cuando la LGUM, por mor del principio (legal) de «eficacia en todo el territorio nacional», atribuye eficacia más allá del territorio propio a las normas (y actos) de las comunidades autónomas *de origen* y, a su vez, obliga a las comunidades autónomas *de destino* a aplicar o consentir la aplicación de tales normas (y actos) en su territorio, está contraviniendo el principio (constitucional) de territorialidad.

⁶⁴ Vid. artículos 14 y 115 del Estatuto catalán, 37.uno del Estatuto gallego, 7 y 43 del Estatuto andaluz, 15.1 del Estatuto del Principado de Asturias, 33.1 del Estatuto cántabro, 15.uno del Estatuto murciano, 7 y 45 del Estatuto valenciano, 9 y 70 del Estatuto aragonés, 39.1 del Estatuto castellano-manchego, 40.1 del Estatuto canario, 43 del Estatuto navarro, 2 del Estatuto extremeño, 83 del Estatuto balear y 34.1 del Estatuto de la Comunidad de Madrid.

⁶⁵ Porque delimitar el territorio autonómico (tarea reservada al Estatuto de Autonomía) supone determinar el ámbito espacial de aplicación de los actos y disposiciones jurídicas pertenecientes al subsistema normativa de cada comunidad autónoma. Véase, en este sentido, la STC 99/1986, de 11 de julio, FJ 4.º.

Es verdad que el propio TC ha interpretado de forma flexible el principio de territorialidad y ha admitido, desde la STC 37/1981⁶⁶, que la limitación territorial de la eficacia de las normas y actos de las comunidades autónomas no impide a sus órganos adoptar decisiones cuyas consecuencias puedan producirse *de hecho* en otros lugares del territorio nacional⁶⁷. Ahora bien, se trata de una posibilidad fáctica, excepcional y, además, sujeta a limitaciones, «señaladamente [la] necesidad de asegurar la igualdad de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional, e interdicción de cualquier medida que directa o indirectamente pueda obstaculizar la libertad de circulación de personas o bienes, o la libertad de establecimiento de aquella (art. 139 CE)»⁶⁸. La LGUM, tal como diseña el principio de «eficacia en todo el territorio nacional», convierte esa posibilidad fáctica y excepcional en exigencia *de iure*, generalizada y, además, *justificada en* (que no *limitada por*) la garantía de la libertad de circulación y, por ende, de la unidad de mercado⁶⁹.

Pero el principio (legal) de «eficacia en todo el territorio nacional», tal como está diseñado en la LGUM, no solo afecta negativamente a los principios (constitucionales) de autonomía y de territorialidad. Aunque pueda parecer extraño a simple vista, también afecta negativamente al principio que se pretende garantizar, la unidad de mercado. Así sucede en lo que respecta a la primera de las reglas constitucionales en que se concreta, la del artículo 139.1 de la CE. Como ya se ha explicado, en *sentido estricto*, la norma constitucional prohíbe la discriminación entre españoles en el interior de una comunidad autónoma, en el bien entendido de que no se proscribire toda diferenciación, sino, en su caso, la diferenciación no justificada. Sin embargo, por mor del principio de «eficacia en todo el territorio nacional», ¡el Estado!, introduce en el interior de las comunidades autónomas (de destino) la diferenciación de trato: por un lado, los operadores económicos «de dentro», los que inician su actividad en una comunidad (Comunidad X), estarán sujetos a su normativa de acceso; y, por otro lado, los operadores económicos «de fuera», los que iniciaron su actividad en otra comunidad (Comunidad Y) pero se desplazan a la comunidad X, estarán sujetos a la normativa de acceso de la Comunidad Y. Dos normativas diferentes (X e Y) para operadores económicos que actúan en un mismo espacio territorial (la Comunidad X). Esto no es igualdad, es diferencia de trato y, como tal, deberá estar justificada para no lesionar la

⁶⁶ Véase el FJ 1.º de esta sentencia, en particular, sus párrafos 3, 4 y 5. Como sentencias más modernas que reiteran la doctrina contenida en esa importante sentencia, véanse, por ejemplo, las SSTC 80/2012 [FJ 7.º b)] y 210/2012 (FJ 8.º).

⁶⁷ Para el Alto Tribunal, una cosa es «el ejercicio de las competencias autonómicas, que debe limitarse, como regla general, al ámbito territorial correspondiente» y otra «los efectos del ejercicio de dichas competencias, los cuales pueden manifestarse fuera de dicho ámbito» (véase, por todas, con cita de jurisprudencia precedente, la STC 27/2014, FJ 4.º).

⁶⁸ STC 37/1981, FJ 1.º, p. 5. Algunos Estatutos de Autonomía (de última generación) también prevén, como excepción, que las disposiciones y actos de la comunidad dictados en ejercicio de su competencia tengan eficacia extraterritorial. *Vid.* a este respecto los artículos 14.1 y 115.1 del Estatuto catalán, 7 y 43.1 del Estatuto andaluz, 7.2 del Estatuto valenciano, 9.1 y 70.2 del Estatuto aragonés y 2.2 del Estatuto extremeño.

⁶⁹ En verdad, cuando el TC, en reiterada doctrina, admite como excepción que las normas y actos de las comunidades autónomas puedan producir efectos *extraterritoriales*, trata de evitar que las competencias autonómicas reviertan sin más al Estado, precisamente por sus efectos supraterritoriales. Lo novedoso del caso que nos ocupa es que el Estado, lejos de reivindicar la competencia en aras de la supraterritorialidad, facilita e impone *de iure* la eficacia extraterritorial de las normas autonómicas, en aras, además, de la unidad de mercado.

norma del artículo 139.1 de la CE ¿Y cuál es la justificación? No puede ser la unidad de mercado, porque este principio es precisamente, en su concreción en el artículo 139.1 de la CE, garantía de igualdad y *limite a* la diferenciación, no *justificación de* la diferenciación⁷⁰. Por paradójico que parezca, la regulación que contiene la ley sobre el principio de «eficacia en todo el territorio nacional» va en dirección opuesta a la igualdad que implica la unidad de mercado que la misma ley (precisamente titulada *de garantía de la unidad de mercado*) pretende preservar.

En fin, la constitucionalidad de la LGUM en este punto resulta también problemática desde la perspectiva de la segunda de las reglas en que se concreta el principio de unidad de mercado, la del artículo 139.2 de la CE (la genuina expresión del mismo), tal como ha sido interpretada por el TC. La LGUM establece el principio de «eficacia en todo el territorio nacional» sin excepción⁷¹, yendo más allá de Bolkestein, como ya he dicho⁷². Sin embargo, el TC no ha interpretado el artículo 139.2 de la CE en términos absolutos: no toda incidencia en la libertad de circulación es un obstáculo a la misma. De esta forma, una regulación autonómica que, dictada en el ámbito de sus competencias, incida negativamente en esa libertad no será un obstáculo cuando la medida adoptada esté justificada, en el sentido de que resulte proporcionada al objetivo que se persigue (sea lo que sea esto —me remito al apartado II.1.2.2.—). Cabe así preguntarse si el legislador estatal, por muy básica que se configure la ley, puede cerrar totalmente a las comunidades autónomas (las de destino) la posibilidad de introducir límites debidamente justificados al acceso a sus mercados de operadores económicos o bienes provenientes de otras comunidades autónomas. Tengo para mí que no puede hacerlo.

Por todas estas razones acumuladas, el diseño que la LGUM hace del principio de «eficacia en todo el territorio nacional» tiene, a mi juicio, un difícil encaje constitucional. Sin duda que es un objetivo muy razonable y defendible evitar las duplicidades, muchas veces innecesarias, que dificultan la noble tarea de producir bienes y servicios para el mercado en nuestro país. Pero creo que el fin no justifica el medio empleado, más que posiblemente desproporcionado. Pienso que la LGUM, al establecer en términos absolutos el principio del «lugar de origen», sin dar margen alguno a las comunidades autónomas *de destino* para aplicar su propia normativa (por causas justificadas y debidamente acreditadas), se ha pasado en la dosis y ha socavado con ello el principio de autonomía.

⁷⁰ Tampoco aguanta bien la LGUM el test de constitucionalidad, entendido el artículo 139.1 en sentido amplio. *Lato sensu*, la norma del artículo 139.1 de la CE garantiza también un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional en el disfrute de los derechos fundamentales, entre los que están las libertades de empresa (art. 38 CE) y de profesión (art. 35.1). Pues bien, tal como ha diseñado la LGUM el principio *de eficacia en todo el territorio nacional*, la consecuencia es que, en el acceso a actividades económicas, lejos de garantizarse la igualdad de los españoles, se posibilitará la diferenciación. El principio no sirve al objetivo de la igualdad y, desde esta perspectiva, el legislador estatal no puede ampararse en el artículo 149.1.1.^a de la CE para justificar su regulación.

⁷¹ Salvo la posibilidad que tiene la autoridad de destino de exigir requisitos adicionales (que pueden ser autorizaciones) en relación con las infraestructuras de las que se provea el operador económico en el lugar de destino; o cuando la actividad en el lugar de destino suponga ocupación de dominio público; o cuando el número de operadores sea limitado en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas (art. 20.4).

⁷² Pero también de la jurisprudencia del TJUE, en punto a la regla del reconocimiento mutuo. Cuando se da el supuesto de hecho (un obstáculo a la libre circulación), esta regla impone la aceptación de la normativa del país de origen en el país de destino pero admite excepciones, siempre que se supere el test de «proporcionalidad mutilado».

Acaso habría bastado, para respetar mínimamente el principio de autonomía, con que la LGUM hubiese plasmado el planteamiento de la Directiva Bolkestein, esto es: establecer una regla general –la autorización (o la declaración responsable o la comunicación) obtenida en el lugar de origen vale para ejercer la actividad económica de que se trate en todo el territorio nacional– y admitir, con carácter excepcional, que las comunidades autónomas de *destino* se reservasen la posibilidad de exigir requisitos adicionales, por razones debidamente justificadas (con arreglo al control de proporcionalidad *mitigado*). Soy consciente del riesgo que supone esto: al admitir la posibilidad de introducir excepciones, se deja la puerta abierta a que las comunidades autónomas reintroduzcan las barreras a la libre circulación que se pretenden eliminar. Pero este riesgo hay que asumirlo si queremos ser respetuosos con el principio de autonomía. Además, siempre se podría exigir a la comunidad autónoma de *destino* que justificase su excepción, aunque para ello sería necesario un escrutinio riguroso, que fuera más allá de un simple control de razonabilidad de la medida.

El Estado puede y debe limitar la diversidad normativa cuando ello atente contra la unidad (en este caso, la unidad de mercado) porque es el garante de la misma. Lo que no parece razonable es que, para garantizar presuntamente la unidad, altere el normal ejercicio de las competencias autonómicas y el principio de territorialidad, genere *de facto* diferenciación normativa e ignore que la regla del artículo 139.2 de la CE no es una regla absoluta. Son «daños colaterales» difícilmente asumibles desde la perspectiva constitucional, aunque ello sea en beneficio de los «operadores económicos» y del crecimiento económico.

IV. EPÍLOGO: ALGUNAS REFLEXIONES FINALES A PROPÓSITO DE LA LGUM

Tenemos un problema y debemos solucionarlo. El problema: el mercado español está fragmentado, lo que supone costes para las empresas y lastre del crecimiento económico. La receta de nuestro médico es única para todos los mercados y es esta: liberalización (más libertad de empresa y más libertad de circulación).

La estrategia de nuestro legislador ha sido la propia del erizo, no la del zorro: «el zorro sabe muchas cosas, pero el erizo sabe una cosa grande»⁷³. El erizo tiene una idea central y ve el mundo exclusivamente a través del prisma de esa idea, esto es, existe una sola respuesta verdadera que encaja en todo momento y en cualquier circunstancia. El erizo piensa que liberalizar los mercados es la única respuesta verdadera. Esta estrategia es la que se ha impuesto en la agenda política mundial desde los años 70-80 del siglo pasado. A pesar de la crisis que vivimos, a la que no es ajena esta estrategia (pero no la única responsable), se sigue apostando por ella. Porque otro de

⁷³ En un famoso ensayo sobre Tolstói, el filósofo liberal Isaiah Berlin diferenciaba entre dos clases de pensadores, remontándose a esta antiguo dicho atribuido al poeta griego Arquíloco (siglo VII a. C.). Dani RODRIK se sirve de esta metáfora para distinguir entre dos puntos de vista sobre la globalización, el del erizo y el del zorro. Me sirvo de la metáfora y la adapto a mis propósitos. Véase RODRIK (2011), págs. 132 y ss.

los rasgos del erizo es que piensa que, si las cosas van mal, el problema no es nunca de la liberalización, sino de que la dosis de liberalización no ha sido suficiente.

Al igual que el erizo, el zorro cree en la libertad de mercado, pero, a diferencia del erizo, cree que la realidad requiere un enfoque más precavido. Este jurista (que suscribe el punto de vista del zorro), parte de la premisa de que la libertad de empresa es una noble manifestación de la libertad humana y un derecho fundamental como los demás, que *debe* ser preservado del legislador y, al mismo tiempo, *puede* ser potenciado por este. Desde esta premisa, este jurista es respetuoso con la opción política de maximizar la libertad de empresa. Pero, adoptando el punto de vista del zorro, se ve en la obligación de hacer algunas observaciones en relación con la LGUM.

En primer lugar, no existe el mercado, sino los «mercados», cada uno de ellos con sus particularidades. Prescribir una receta única para todos ellos puede ser contraproducente. Habrá mercados a los que le siente bien la receta, pero habrá otros a los que no. Pienso, por ejemplo, en el mercado financiero, que, por razones obvias y a la vista de la experiencia, requiere mayores controles (incluidos controles previos) que ningún otro. Espero que la adaptación de las disposiciones vigentes a lo dispuesto en la LGUM, que debería haberse llevado a cabo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la misma (disp. final quinta), tenga en cuenta las peculiares exigencias que cada mercado reclama.

En segundo lugar, en un mercado final (de bienes y servicios) hay dos grupos de sujetos implicados: los empresarios y los consumidores. Es claro que la LGUM es muy beneficiosa para los primeros, porque elimina trabas al ejercicio de su libertad económica e incluso les proporciona mecanismos procesales de protección específicos. Sin embargo, pudiera ser que los consumidores se vieran perjudicados, dado que la LGUM prohíbe con carácter general los controles administrativos previos (en línea con Bolkestein) y reduce las razones para, excepcionalmente, establecerlos (a diferencia de Bolkestein). Además, facilita que un operador económico, una vez instalado en cualquier lugar del territorio nacional (que bien pudiera ser aquel en que menos requisitos de acceso se exijan), circule libremente por él. Los consumidores pudieran ser los paganos de la liberalización que la ley auspicia.

Hacen falta, pues, normas de garantía de la posición de los consumidores que compensen la eliminación de controles previos. Pero, sobre todo, hace falta nada menos que pasar de una Administración controladora *ex ante* a una Administración controladora *ex post*, esto es, del «papeleo» previo a la supervisión permanente y continuada. Este reto ya lo planteaba Bolkestein para los servicios incluidos en su ámbito de aplicación y ahora lo plantea la LGUM para todas las actividades económicas privadas. Me pregunto si disponemos ya de una Administración preparada para afrontar este reto, porque la ley no espera y los operadores económicos ya disfrutan de sus beneficios. Si no se produce simultáneamente a la liberalización el cambio en la Administración, se corre el riesgo de que acabe imperando en nuestra economía una suerte de *ley de la selva*.

En tercer y último lugar, la unidad económica, en su vertiente de «unidad de la política económica», ha sido notablemente ensanchada, merced a la doble tenaza que ejercen la estabilidad pre-

supuestaria (el principio constitucional y las reglas constitucionales –art. 135 CE– y legales –Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera–) y la generosa interpretación que se ha hecho de la competencia transversal del artículo 149.1.13.^a de la CE. Ahora vemos como la unidad económica, en su vertiente de «unidad de mercado», se verá potenciada con la LGUM. Pues bien, la maximización de la unidad económica supone al mismo tiempo la minimización de la autonomía constitucionalmente reconocida a las comunidades autónomas. Me pregunto, como constitucionalista, qué es lo que les quedará a las comunidades autónomas de autonomía política en materia económica después de aprobarse la LGUM.

Podrá decirse que este encogimiento del espacio político de las comunidades autónomas es inevitable, porque también es inevitable el encogimiento del espacio político del Estado en materia económica. Son las consecuencias de nuestra pertenencia a la Unión Europea y, sobre todo, de la globalización. Esta tiene por objetivo reducir las barreras, los costes de transacción de la economía internacional. Para satisfacer ese objetivo, se impone a los Estados una «camisa de fuerza dorada» (la expresión es de Tomás Friedman)⁷⁴, confeccionada con estas reglas a las que han de someterse: libre comercio, mercados de capital libres, libre empresa y sector público pequeño. A estas reglas se subordinan las políticas democráticas nacionales, aun a costa de otros objetivos económicos y sociales, aun a costa de estructuras constitucionales básicas, como pueden ser, entre nosotros, no solo el Estado autonómico, sino también el Estado social.

La reflexión anterior nos conduce a territorios que van más allá del objeto de este trabajo. Volvamos a él. Lo único que he pretendido es recordar que la Constitución es un marco en el que caben políticas plurales y, por tanto, también políticas *económicas* plurales, pero un marco con límites. Las políticas liberalizadoras son absolutamente legítimas, como lo son las contrarias, pero siempre hasta un umbral (constitucional) de intensidad, pasado el cual devienen inconstitucionales. Sirva el análisis de la LGUM como recordatorio de que, también desde la perspectiva constitucional, nada, nada en exceso.

Bibliografía

AGUADO Y CUDOLÁ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (dir.) [2012]: *El impacto de la Directiva de servicios en las Administraciones Públicas: Aspectos generales y sectoriales*, Atelier.

AGUDO GONZÁLEZ, J. [2015]: «La Administración del reconocimiento mutuo. Un análisis a partir de la libre circulación de profesionales ... hasta la unidad de mercado», *RAP*, núm. 197, págs. 345-398.

ALBERTÍ ROVIRA, E. [1995]: *Autonomía política y unidad económica (Las dimensiones constitucional y europea de la libre circulación y de la unidad de mercado)*, Civitas.

ALONSO MAS, M. J. [2014]: *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Grupo Wolters Kluwer.

⁷⁴ La cita la tomo de RODRIK (2011), pág. 207.

- CARLON RUIZ, M. [2014]: «Los mecanismos de protección de la unidad de mercado en el seno de la Ley 20/2013», *REDA*, núm. 165, págs. 147-182.
- CIDONCHA MARTÍN, A. [2011]: «La unidad económica, antes y después de la STC 31/2010», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 13 (revista electrónica).
- [2006]: *La libertad de empresa*, Thomson Civitas/Instituto de Estudios Económicos.
- DE LA QUADRA SALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. [2009]: «La Directiva de servicios y la libertad de empresa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, núm. 7, págs. 46-61.
- [2009]: *El mercado interior de servicios en la Unión Europea: Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. [2007]: «¿Quo vadis Bolkestein? ¿Armonización o mera desregulación en la prestación de servicios?», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, págs. 237-280.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. [2014]: «Unidad de mercado y libertades de empresa y circulación de bienes en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre», *REDA*, núm. 163.
- GARCÍA VITORIA, I.: *La libertad de empresa, ¿un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MUÑOZ MACHADO, S. [2014]: «Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado», *REDA*, núm. 163.
- PADRÓS REIG, C. y MACÍAS CASTAÑO, J.M. [2014]: «Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado», *RAP*, págs. 113-151.
- PAREJO ALFONSO, L. [2009]: «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: La interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, núm. 6, págs. 34-41.
- REBOLLO PUIG, M. [2014]: «La libertad de empresa y la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado», *REDA*, núm. 163.
- RIVERO ORTEGA, R. (dir.) [2009]: *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la directiva de servicios en España*, Civitas/Thomson Reuters.
- RODRIK, D. [2011]: *La paradoja de la globalización*, Antoni Bosch editor.
- SAINZ MORENO, F. [1989]: «El principio de unidad del orden económico y su aplicación por la jurisprudencia constitucional», en Martín-Retortillo, S. et al., *Pasado, presente y futuro de las Comunidades Autónomas*, Instituto de Estudios Fiscales, págs. 231 y ss.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. [1991]: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- TORNOS MAS, J. [2014]: «La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular, el principio de eficacia», *REAF*, núm. 19, págs. 144-177.
- VV. AA. [2010]: *La unidad de mercado en la España actual*, Instituto de Estudios Económicos.