

**CONSEJO DE ESTADO**



# LOS DICTÁMENES DEL CONSEJO DE ESTADO Y DEL CONSEJO DE GARANTÍAS ESTATUTARIAS DE CATALUÑA SOBRE LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

ROBERTO CARLOS ROSINO CALLE

*Profesor de Derecho Constitucional*

*Centro Universitario de la Defensa en la Academia General del Aire en San Javier*

## SUMARIO

- I. Introducción
- II. El origen de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado
- III. Las novedades legislativas del Anteproyecto desde la perspectiva competencial
- IV. Los Informes del Consejo de Estado y del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña

## I. EL ORIGEN DE LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

Con fecha de 26 de junio de 2013, la Comisión Permanente del Consejo de Estado emitió por mayoría su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado solicitado con carácter de urgencia por el Gobierno.

El Anteproyecto dio finalmente origen a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. El texto ha sido objeto de tres recursos de inconstitucionalidad por entender que restringe de manera excesiva las potestades normativas sobre el acceso y ejercicio de la actividad económica en los sectores económicos que son de titularidad autonómica.

En el presente trabajo se da cuenta de la valoración realizada sobre estas cuestiones por parte del Consejo de Estado en su Dictamen. Asimismo, la visión ofrecida se completa con la lectura efectuada por el Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña sobre la adecuación de la citada ley estatal al Estatuto de autonomía y a la Constitución de 1978.

## II. EL ORIGEN DE LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

El Consejo de Estado inició el análisis sustantivo del —entonces— anteproyecto de Ley de garantía de la unidad de mercado con un anticipo claro de su postura: «(...) valora positivamente la regulación contenida en el anteproyecto, que, en un marco regulatorio de enorme complejidad como el actual, puede servir para restablecer eficazmente el equilibrio entre la diversidad de normas territoriales y la unidad de mercado, cuya garantía se encomienda al Estado»<sup>1</sup>.

Más adelante se hará referencia a los contenidos de la nueva regulación, pero, antes de proceder a ello, conviene detenerse, de manera necesariamente breve, en el origen de ese «marco regulatorio de enorme complejidad»<sup>2</sup> carente de «equilibrio entre la diversidad de normas territoriales» a que alude el Consejo de Estado. Este esfuerzo se resume, en realidad, en dos preguntas concretas: ¿cómo es posible que, en apenas un par de décadas, el mercado unitario español ya hubiera dado paso a un espacio económico notablemente más complejo que el propio de otros sistemas políticamente descentralizados? ¿Acaso nuestro texto constitucional adolece de un sistema suficiente de garantías en un aspecto tan crucial como el que nos ocupa?

Sería erróneo considerar que Constitución de 1978 dejó irresuelta la cuestión de cómo se aseguraría la integridad del espacio económico en un modelo que apuntaba de manera evidente hacia una importante descentralización política. Ciertamente, es bien sabido que el Tribunal Constitucional hubo de derivar el principio de unidad de mercado de la más amplia declaración contenida en el artículo 2 CE<sup>3</sup>, pero desde entonces, tanto la jurisprudencia como la doctrina científica han coincidido en señalar que la integridad del espacio económico español está asegurada por «dos supuestos irreductibles: la libre circulación de bienes y personas por todo el territorio nacional, que ninguna autoridad puede obstaculizar directa o indirectamente (art. 139.2 CE), y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1 y 149.1.1 CE), sin los cuales no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone»<sup>4</sup>.

1 Informe del Consejo de Estado de 26 de junio de 2013, sobre el Anteproyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, ap. 5.

2 La complejidad del sistema ha sido sintetizada de manera sencilla por Muñoz Machado: «(...) cada Comunidad Autónoma ha establecido reglas que condicionan las libertades económicas y (...) en cada una de ellas las industrias y los comercios necesitan cumplimentar requisitos particulares para establecerse y desarrollar su actividad. (...) Analizadas singularmente no suponen obstáculos insalvables a dichas libertades ni implican necesariamente rupturas de la unidad de mercado. El problema de estas regulaciones es su repetición en todas las Comunidades Autónomas y, sobre todo, la circunstancia de que su aplicación esté encomendada a Administraciones públicas diferentes que, frecuentemente, mantienen prácticas aplicativas particulares». MUÑOZ MACHADO, S.: *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Crítica, Barcelona, 2012, pp. 193-194.

3 STC 1/1982, de 28 de enero, FJ. 1.

4 STC 64/1990, de 5 de abril, FJ. 3. Una posición similar puede verse en nuestro país en los principales trabajos publicados en nuestro país sobre la unidad de mercado: CALONGE VELÁZQUEZ, A.: *Autonomía política y unidad de mercado en la Constitución española de 1978*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1988 p. 205;

Para que el mercado español siga siendo uno, el texto constitucional confiere al Estado las competencias necesarias —parcialmente trasladadas ahora al plano comunitario— para actuar como garante de la unidad<sup>5</sup>, al tiempo que traza las líneas rojas que ninguno de los poderes públicos territoriales puede traspasar en su toma de decisiones. En sus aspectos estructurales básicos, nuestro modelo no difiere del propio del otros Estados políticamente descentralizados.

Pues bien, ¿cuál es entonces la causa del actual grado de complejidad y fragmentación del mercado nacional? Y, sobre todo, ¿cómo se explica que, pese a ello, desde las Comunidades Autónomas se perciba la existencia de una tendencia centrípeta en esta cuestión? Ciertamente, las razones habrán de ser diversas, pero entre las mismas bien pudiera tener un lugar destacado el fracaso de nuestro modelo a la hora de articular un juicio claro sobre la unidad de mercado en sede constitucional. Con la jurisprudencia constitucional en la mano, no es sencillo discernir de antemano hasta qué extremo los diferentes niveles de gobierno pueden regular la actividad económica.

No es este el lugar para hacer un repaso de las decisiones del Tribunal Constitucional relativas a la unidad de mercado. Pero sí conviene destacar que son verdaderamente escasos los supuestos en los que el escrutinio se ha centrado en el ejercicio concreto de la competencia desde la óptica del artículo 139 CE. En realidad, el equilibrio entre la unidad y el principio de autonomía descansa principalmente sobre la cuestión de la titularidad competencial, de suerte que, una vez decidido el nivel competente, no se efectúa un control intenso de los restantes requisitos<sup>6</sup>. No hay un juicio de unidad de mercado completo porque, en la discusión del *quién*, se ha dejado de lado la importancia *cómo*.

ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Autonomía Política i unitat econòmica: les dimensions constitucional i europea de la lliure circulació i de la unitat de mercat*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1993, p. 19; RUBIO LLORENTE, F.: «La libertad de empresa en la Constitución», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, IGLESIAS PRADA, J. L. (Coord.), Civitas, Madrid, 1996, p. 444; y, más recientemente, CIDONCHA MARTÍN, A.: *La Libertad de Empresa*, Thomson—Civitas, Navarra, 2006, p. 145; GARCÍA VITORIA, I.: *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 103 y DE LA QUADRASALCEDO JANINI, T.: *Mercado nacional único y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 8.

5 Por todas, la STC 96/2002, de 25 de abril, FJ.11: «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, FJ 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, FJ.1).»

6 STC 88/1986, 1 de julio, FJ.bis. 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, equilibrio que, al menos, y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico, siempre que reúnan las varias características de que: La regulación autonómica se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad; que esa regulación en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en 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, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles.»

La tendencia ha suscitado una continuada redefinición de los títulos competenciales que en nada contribuye a nuestro ya de por sí confuso sistema competencial. Nuestro modelo adolece de la crítica que ya formulase Thomas R. Powell<sup>7</sup> a la interpretación de la cláusula de comercio realizada por el Tribunal Supremo norteamericano durante el primer tercio del siglo XX: el Estado puede regular el espacio económico y su funcionamiento. Las Comunidades Autónomas también pueden regularlo pero no demasiado, y determinar cuándo este «demasiado» es «excesivamente demasiado» está más allá del control efectuado hasta la fecha.

Para tratar de poner orden en este marco regulatorio, el texto elaborado por el Gobierno aspira a «establecer los principios y normas básicas que, con pleno respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, garanticen la unidad de mercado». Y lo hace tratando de recuperar del ostracismo el artículo 139.2 CE a través de la introducción en nuestro ordenamiento un concepto preciso de «obstáculo a la libre circulación». En esencia, las distintas técnicas empleadas a lo largo de la nueva regulación se orientan a asegurar que las autoridades autonómicas y locales únicamente podrán intervenir sobre el ejercicio de la actividad económica cuando la decisión tenga su origen en alguna de las causas expresamente previstas en la nueva Ley.

### III. LAS NOVEDADES LEGISLATIVAS DEL ANTEPROYECTO DESDE LA PERSPECTIVA COMPETENCIAL

Con objeto de combatir la excesiva intervención administrativa que —a su juicio— merma la integridad del espacio económico nacional, el legislador dejó clara desde el comienzo su voluntad de hacer uso de algunas de las técnicas que se han mostrado útiles en el ámbito del mercado interior comunitario. En concreto, el nuevo modelo pretende una reorganización de la unidad de mercado que sienta sus bases en dos principios clásicos de éste, como son la libre iniciativa económica y el propio de la eficacia de los medios de intervención administrativa en todo el territorio —nacional—.

De una parte, la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) establece un control a posteriori aplicable a todos los niveles territoriales de gobierno distintos del estatal<sup>8</sup>, cuando decidan establecer algún medio de intervención —autorización, declaración responsable o comunicación— sobre el acceso a la actividad económica en cualquiera de los sectores de su competencia. Una vez vigente, el ejercicio de las actividades económicas no puede resultar supeditado a ningún requisito previo, salvo en los supuestos en que concurra alguna razón imperiosa de interés general.

<sup>7</sup> La cita original puede consultarse en BIGLINO CAMPOS, P.: *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 85.

<sup>8</sup> Disposición adicional primera LGUM.

De otra parte, la nueva regulación consagra un principio de eficacia en todo el territorio nacional de los medios de intervención de las autoridades competentes que permitan el acceso a una actividad económica o su ejercicio<sup>9</sup>. En virtud del mismo, ningún operador económico podrá ser obligado a observar requisitos adicionales a los propios de su lugar de origen cuando trate de desarrollar su actividad en otra parte del territorio nacional. Esta preferencia por la norma de origen resultará válida incluso en los casos en que la misma no prevea ningún requisito. Más que el riesgo de desregulación<sup>10</sup>, el problema jurídico constitucional que puede plantear la técnica elegida tiene que ver con la atribución a las normas locales y autonómicas de un ámbito de aplicación excesivo, que supera el principio de territorialidad de sus competencias.

Sin lugar a dudas, ambos extremos han resultado —junto con la creación del recurso contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado— especialmente controvertidos. A fecha de hoy, tres Gobiernos autonómicos —Andalucía, Cataluña y País Vasco— han interpuesto sendos recursos de inconstitucionalidad frente a la LGUM. Todos ellos coinciden en señalar que el texto aprobado opera una armonización encubierta, en cuanto realizada al margen del artículo 150.3 CE. Así pareciera desprenderse de la declaración como básica de la totalidad de un texto normativo que, leído en conjunto, sujeta el ejercicio de las competencias autonómicas sobre un buen número de sectores económicos a un modelo uniforme que impide la aplicación diversa por parte de las Comunidades Autónomas. Con la justificación de asegurar la unidad de mercado, la LGUM pareciera aspirar a situarse en un punto intermedio entre la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

Desde una perspectiva práctica, este debate sobre la naturaleza jurídica de la LGUM —ley básica o ley de armonización— tiene un interés bastante limitado. Tan es así, que el mismo ni se ha planteado en la consulta dirigida al Consejo de Estado, ni cuando se hizo por parte del Gobierno y Parlamento catalanes al Consejo de Garantías Estatutarias de dicha autonomía, mereció más que un recordatorio a la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto: «carece de relieve a nuestros efectos enjuiciar el supuesto carácter armonizador del contenido de la Ley, pues bastará

9 Artículo 20.1 LGUM.

10 La presumible liberalización excesiva —casi desregulación— de la actividad económica que habrá de provocar la implementación de la LGUM ha suscitado un elevado número de críticas. Al margen de las propias manifestadas por los distintos Gobiernos autonómicos en sus recursos, desde el ámbito doctrinal se ha apuntado que el nuevo sistema «permitirá imponer una uniformidad de facto a través de la generalización de la aplicación de la norma menos intervencionista, lo que a nuestro entender no sólo es inconstitucional, sino además irracional». TORNOS MAS, J.: «La Ley 20/2013 de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular, el principio de eficacia», en *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 19, 2014, p. 155.

Sin embargo, el posible efecto liberalizador es uno de los múltiples escenarios posibles, pero no el único. De ahí que el Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña haya apuntado que «el eventual efecto desregulador que pueda derivarse de ello es una opción, entre otras, que el legislador puede tomar, sin que por sí misma conduzca a una conclusión de inconstitucionalidad». Dictamen 5/2014, de 14 de febrero, sobre la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Fundamento segundo, 2. C.

señalar, en su caso, si dicho contenido normativo, en tanto que dotado de la forma de ley ordinaria, infringe o no las prescripciones constitucionales o estatutarias sobre la distribución de competencias en la materia, lo que nos remite al examen del articulado»<sup>11</sup>.

Es este enfoque de —potencial— conflictividad competencial el que interesa en el presente trabajo, centrado en la opinión manifestada al respecto tanto por el Consejo de Estado como por el Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña, por cuanto la misma ha dado lugar a la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la nueva Ley.

#### IV. LOS INFORMES DEL CONSEJO DE ESTADO Y DEL CONSEJO DE GARANTÍAS ESTATUTARIAS DE CATALUÑA

Con fecha de 26 de junio de 2013, el Consejo de Estado aprobó su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, evacuado con carácter de urgencia a los veinte días de su recepción<sup>12</sup>. De este modo, el supremo órgano consultivo del Gobierno tuvo ocasión de realizar un primer tratamiento sobre la adecuación al reparto competencial consagrado tanto en la Constitución como en los Estatutos de Autonomía de algunas de las técnicas empleadas por el legislador estatal. En concreto, el control sobre los medios de intervención para el acceso y ejercicio de una actividad económica; y la eficacia en todo el territorio nacional de las decisiones administrativas de este tipo. Ambos se analizarán de manera separada.

En cualquier caso, resulta conveniente no perder de vista que el examen realizado por el Consejo de Estado hubo de resultar sujeto a los plazos perentorios que impone la tramitación de urgencia. Como consecuencia de ello, buena parte de los problemas constitucionales de la LGUM no pudieron ser analizados con detenimiento por parte del órgano consultivo.

Por este motivo, se ha considerado adecuado completar de algún modo su opinión, con los argumentos recogidos en el Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña 5/2014, de 14 de febrero, en el que se da una respuesta pausada a las dudas de constitucionalidad remitidas por el Gobierno y el Parlamento de la citada autonomía con ocasión de la aprobación definitiva de la LGUM. La posición de este órgano consultivo autonómico resulta, además, de especial interés si se tiene presente que la misma ha servido de base al recurso de inconstitucionalidad planteado por la Comunidad Autónoma de Cataluña contra la Ley que nos ocupa. Esta opción, aunar las razones en ambos órganos consultivos, se justifica en traer a cola-

11 STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ. 1.

12 Artículo 19.1 de la LO 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado: «Cuando en la orden de remisión de los expedientes se haga constar la urgencia del dictamen, el plazo máximo para su despacho será de quince días, salvo que el Gobierno o su Presidente fijen otro inferior».



ción los argumentos principales sobre la oportunidad de la nueva ley y el debate sobre su carácter intrusivo o no en las competencias de las Comunidades Autónomas.

#### a. Los medios de intervención administrativa sobre el acceso y ejercicio de las actividades económicas

Uno de los apuntes de mayor calado efectuado por el Consejo de Estado guarda relación con la confusa regulación que el Anteproyecto hacía de los casos en los cuales puede limitarse la libertad de acceso y ejercicio de la actividad económica para la salvaguarda de bienes jurídicos en cualquiera de los ámbitos en que los Ayuntamientos o las Comunidades Autónomas son competentes. Partiendo de una idea fuerte de unidad de mercado, la LGUM introduce en nuestro ordenamiento jurídico una definición legal de lo que debe considerarse un obstáculo a la libre circulación que, en la práctica, habrá de llevar a la anulación de cualquier intervención administrativa previa sobre el acceso y ejercicio de la actividad económica.

En los términos en que se redactó el Anteproyecto, las actuaciones restrictivas de la actividad económica únicamente serán válidas cuando medie alguna de las razones imperiosas de interés general previstas en la Ley Paraguas<sup>13</sup> y, además, se den dos circunstancias adicionales. Primero, la decisión adoptada habrá de juzgarse necesaria y proporcionada de acuerdo con los términos del artículos 17 y 18 LGUM<sup>14</sup>. En segundo lugar, tendrá que quedar demostrada la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica. Cualquier decisión que no satisfaga estos requisitos devendrá automáticamente ilícita.

En los procesos planteados ante el Tribunal Constitucional, las autonomías recurrentes han señalado que la técnica descrita no encuentra cabida en la jurisprudencia vigente sobre la unidad de mercado. En términos generales, el juez constitucional ha interpretado que la integridad del espacio económico nacional «no impide toda normación que, de una manera u otra pueda afectar a la libertad de circulación, sino la *fragmentación del mercado* (STC 32/1983, de 28 de abril, FJ.3), en

13 Con este nombre se conoce habitualmente en nuestro país la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, por la que se traspuso la Directiva Europea de Servicios (Bolkestein). Según indica su artículo 3: A los efectos de esta Ley se entenderá: por 11. «Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: 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.

14 El régimen autorizatorio de la LGUM se fundamenta en un sistema de doble lista. De una parte, el artículo 17 establece tres medios admisibles de intervención administrativa —autorización, declaración responsable y comunicación— al tiempo que detalla las causas concretas en que las autoridades autonómicas y locales pueden proceder a su exigencia. Por su parte, el artículo 18 contiene una lista negra de criterios prohibidos, de manera que cualquier medida fundada en uno de estos supone, automáticamente, un obstáculo a la libre circulación.

el sentido de que “las consecuencias objetivas de las medidas adoptadas impliquen el surgimiento de obstáculos que no guardan relación con el fin constitucionalmente lícito que aquéllas persiguen” (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ.2; y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ.26)»<sup>15</sup>.

A grandes rasgos, la línea argumental vendría a recordar que «El principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes»<sup>16</sup>. *Las Cortes Generales pueden modular su ejercicio, pero en ningún caso restringirlo excesivamente*, hasta el punto de hacer inservibles las competencias legítimas de los restantes niveles de gobierno. La pregunta, entonces, es evidente ¿el esquema apuntado impide de facto el ejercicio de las competencias propias de las Comunidades Autónomas y entidades locales? Aunque no de forma directa, el Informe del Consejo de Estado ofrece respuesta a este interrogante.

Como es evidente, el margen de actuación de que disponen los referidos niveles de gobierno bajo el nuevo sistema viene dado por la interpretación que se realice del listado de *razones imperiosas de interés general* que pueden dar lugar al establecimiento de algún medio de intervención y, en menor medida, por la automaticidad de la ilicitud.

En relación con el primero de estos aspectos, el Consejo de Estado mostró su preocupación por la escasa claridad con que se ha definido la relación existente entre el listado de causas legitimadoras propio de la Ley Paraguas —al que remite el artículo 5 de la LGUM— y el específico del artículo 17 de la nueva regulación<sup>17</sup>. Si atendemos a su disposición en el texto, habría que concluir que este último supondría una concreción del principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes introducido por el artículo 5 LGUM. La solución no está, sin embargo, desprovista de dificultades.

De aceptarse este enfoque, las razones imperiosas que permiten a los niveles autonómico y local imponer requisitos en el acceso y ejercicio de las actividades económicas quedan reducidas a las siguientes: 1) orden público; 2) seguridad pública; 3) salud pública; y 4) protección del medio ambiente. Este elenco resulta manifiestamente insuficiente si se compara con los quince motivos previstos en el ámbito comunitario, e introducidos en nuestro ordenamiento por la Ley Paraguas<sup>18</sup>.

15 STC 96/2002, de 25 de abril, FJ.11.

16 STC 37/2001, de 14 de febrero, FJ.12.

17 Artículo 3 de la Ley 17/2009: «A los efectos de esta Ley, se entenderá por: 11. «Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: 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.»

18 Por esta razón, el Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña califica el sistema definido en la LGUM como: «(...) un modelo de intervención pública que resulta diferente y claramente alternativo al

Dado al efecto extraordinariamente restrictivo de este enfoque, el Informe del Consejo de Estado propugnaba en su Informe que la lectura correcta pasaba por reconocer que la LGUM no puede pretender «reconstituir o reorganizar todo el sistema autorizatorio de las autoridades competentes en materia de actividades económicas» (ap. 13), por lo que aconsejaba reconocer de forma expresa el carácter complementario de los listados contenidos en los artículos 5 y 17<sup>19</sup>.

Asimismo, el órgano asesor proponía la relajación del carácter automático en la aplicación del nuevo régimen, de suerte que consistiera «sencillamente (en) exigir (...) que, cuando ‘establecen límites al acceso de una actividad económica o su ejercicio o exijan el cumplimiento de requisitos para una actividad’, las autoridades competentes deben motivar su necesidad y la proporcionalidad del medio elegido» en atención a las causas previstas en los citados artículos (ap. 13).

Ninguna de las propuestas fue finalmente incluida y la constitucionalidad del nuevo sistema parece encontrarse en entredicho. No en balde, la LGUM desconoce la advertencia realizada por el juez constitucional con ocasión de la LOAPA: «el constituyente ha tenido ya presente el principio de unidad y los intereses generales de la nación al fijar las competencias estatales», por lo que «el legislador estatal no puede incidir indirectamente en la delimitación de competencias mediante la interpretación de los criterios que sirven de base a la misma»<sup>20</sup>.

A expensas de una posible interpretación conforme por parte del Tribunal Constitucional, no descartarse que se acabe estimando la denuncia de los Gobiernos autonómicos en el sentido de que el sistema establecido vacía de contenido un buen número de competencias legítimas.

#### **b. La eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas sobre el acceso y ejercicio de las actividades económicas**

Desde la perspectiva competencial, el segundo de los aspectos controvertidos de la LGUM guarda relación con el reconocimiento del principio de eficacia en todo el territorio nacional de las decisiones administrativas sobre el acceso y ejercicio de la actividad económica. A partir del reconocimiento de la libre iniciativa económica, la nueva regulación garantiza que cualquier operador legalmente establecido en un lugar del territorio español, o cualquier mercancía legalmente puesta en circulación, podrá ejercer la actividad económica o circular en todo el territorio del Estado, sin que le resulten exigibles más trámites adicionales<sup>21</sup>.

prescrito por el derecho europeo de acuerdo con el TFUE, que la citada Ley 17/2009 había incorporado al ordenamiento jurídico interno español.» Fundamento segundo, 4. B.

19 Informe del Consejo de Estado de 26 de junio de 2013, sobre el Anteproyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, ap. 13: «los actos que el artículo 18 prohíbe por ser limitativos de la actividad económica, lo son salvo que se trate de alguna de las actividades permitidas (con las que se permiten los medios de intervención) por las razones del artículo 17 y por todas las que se consideren necesarias y proporcionadas conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley».

20 STC 76/1983, de 5 de agosto, FFJJ 3 y 4, respectivamente.

21 Artículo 19 LGUM, apartados 1 y dos, respectivamente.

Las críticas a este precepto se han centrado en su —enorme— potencial desregulatorio, advirtiendo de la probable existencia de una carrera regulatoria a la baja —*race to the bottom*—, esto es, «la convergencia hacia una normativa de mínimos o ausencia de norma, (...) (y el) incentivo a la localización empresarial en los territorios con menor regulación o con aquella más favorable para su actividad»<sup>22</sup>. Pero, a falta de una articulación jurídica concreta, la crítica apuntada no parece tener visos de prosperar. La cuestión no es si el grado de liberalización pretendido por el legislador estatal resulta discutible, sino si el artículo 149.1.13.<sup>a</sup> CE ofrece cobertura suficiente para imponer la eficacia general apuntada.

El Dictamen elaborado por el Consejo de Estado apenas dedica unas líneas a la eventual inconstitucionalidad del nuevo sistema. Para el órgano consultivo, la LGUM se limita a establecer «un sistema de reconocimiento mutuo, ya previsto en nuestro ordenamiento a otros efectos, propio de Estados descentralizados y con rasgos de aplicación jurídica propios del Derecho internacional privado» y cuya «concreta articulación, (...) cabe en la esfera del equilibrio, exigido por la jurisprudencia constitucional, entre unidad económica y diversidad normativa» (ap. 15).

Así las cosas, poco importa que, con la eficacia general, «se corra el riesgo de engendrar una situación de desigualdad que iría en detrimento de los operadores económicos radicados en el lugar de destino» cuando los requisitos para ejercer una determinada actividad económica sean menores en el lugar de origen<sup>23</sup>. Antes bien, no parece que «la posibilidad de diferentes consecuencias materiales dependiendo de las opciones de los operadores económicos (...) afecte al cumplimiento de tal exigencia constitucional» de igualdad (ap. 15). Aunque no lo exprese, el Consejo de Estado parece considerar que la diferencia en el tratamiento, cuando deriva de la decisión propia del operador, es una consecuencia lógica de la autonomía constitucionalmente reconocida.

Frente a esta parquedad, el Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña ha señalado distintos aspectos del sistema fijado en la LGUM que podrían encontrar difícil encaje en el sistema competencial vigente, hasta el punto de considerar que aquél vulnera las competencias relativas a las actividades económicas reconocidas por el Estatuto de Autonomía. Merece la pena apuntarlos por cuanto han sido incluidos en el recurso de inconstitucionalidad planteado desde dicha Comunidad Autónoma.

En primer término, la ampliación de la eficacia de las actuaciones administrativas podría incurrir, en opinión de este órgano asesor, en un exceso competencial. El artículo 149.1.13.<sup>a</sup> CE puede justificar que el legislador estatal restrinja el ejercicio de las competencias autonómicas con objeto de salvaguardar el interés general. Pero en ningún caso constituye una habilitación en blanco a la que resulte posible acercarse «desde una lógica que conduzca a una aplicación indiscriminada (STC 124/2003, FJ 3)»<sup>24</sup>.

22 Dictamen 5/2013, de Consejo Económico y Social, de 18 de abril, sobre el Anteproyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. Observaciones Generales, párrafo 6.

23 Informe del Consejo General del Poder Judicial de 15 de marzo de 2013, sobre el Anteproyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, p. 21.

24 Fundamento segundo, 4. C.

Desde una perspectiva estrictamente competencial, nada puede objetarse a la decisión de las Cortes Generales de garantizar la unidad de mercado mediante el reconocimiento de la eficacia general de las decisiones administrativas sobre el acceso y ejercicio de la actividad económica. Sin embargo, al imponer en todo caso la obligatoria aplicación de la normativa propia del lugar de origen, la previsión deviene inconstitucional porque «desactiva de forma parcial pero indiscriminada la territorialidad (...) respecto de todas las competencias de la Generalitat que directa o indirectamente tengan relación con actividades económicas. Es decir, será *parcial* porque las disposiciones y actos de la Generalitat solamente se aplicarán a los operadores económicos que hayan obtenido por la autoridad competente de Cataluña la habilitación administrativa para desarrollar su actividad económica. Y será *indiscriminada* porque afectará a todas las competencias previstas en el Estatuto relacionadas con los sectores ligados a actividades económicas».<sup>25</sup>

A juicio del Consejo, la legitimidad del modelo habría exigido configurar un sistema de reconocimiento mutuo similar al vigente en el ámbito comunitario, donde la autoridad de destino «puede oponer por razones imperiosas de interés general —relacionadas con la protección de bienes jurídicos— como excepción a esta regla, siempre y cuando la medida restrictiva de la libertad de circulación sea adecuada a esta finalidad de interés general y, además, sea proporcionada.»<sup>26</sup> Al no hacerlo, el modelo fijado en la LGUM incurre en la apuntada vulneración de las competencias autonómicas.

\*\*\*

*TITLE: The legal opinions of the Council of State and Council for Statutory Guarantees of Catalonia on Market Unity Guarantee Act.*

*ABSTRACT: The article explains the position of Council of State with regards to the constitutionality of the Market Unity Guarantee Act 20/2013 of 9 December. According to its opinion, the new regulation doesn't cause a variation of distribution power rules between State and Autonomous Communities. The partially dissenting opinion of Council for Statutory Guarantees of Catalonia has also been included.*

*RESUMEN: El trabajo presenta la posición del Consejo de Estado sobre la constitucionalidad de la Ley 20/2013, de 9 diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En opinión del mismo, la nueva regulación no supone una alteración del reparto constitucional de competencias. También se ha incluido la postura parcialmente distinta del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña.*

*PALABRAS CLAVE: Unidad de mercado, Requisitos a la libre circulación de mercancías; Requisitos a la libertad prestación de servicios; Armonización.*

*KEY WORDS: Economic unity; Requirements of free movement of goods; Requirements of activities and services; Harmonisation.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 05.06.2014

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30.07.2014

25 Ídem.

26 Íbidem.

