

Desde la ya lejana sentencia de 20 de febrero de 1979 del Tribunal de Justicia comunitario en el asunto *Cassis de Dijon*, que sentó el principio de que todo producto legalmente fabricado y comercializado en un Estado miembro (EM) debe ser, en principio, admitido en los restantes EM, en la comunidad económica europea se desencadenó un proceso dirigido a la consecución del mercado interior el 1 de enero de 1993, que debió ser completado quince años después con los servicios mediante la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior y que, en la actualidad, se dirige a la consecución en 2020 del mercado único digital.

GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

Por esas mismas fechas, en España comenzaba la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y se iniciaba el proceso autonómico para configurar nuestro nuevo modelo de organización territorial. Este modelo ha ido produciendo la proliferación regulatoria de variadas normativas autonómicas que invocan la defensa de diversos intereses para mantener las más variopintas reglamentaciones, lo que ha fragmentado el mercado nacional dificultando la competencia, frustrando las ventajas de las economías de escala que ofrece operar en mercados de mayores dimensiones, reduciendo la productividad y el crecimiento económico, y desincentivando la inversión y la creación de empleo.

Se constata, pues, una divergencia entre ambos procesos que la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM) intenta reconducir, puesto que no es aceptable que lo que ya se ha integrado entre los 28 EM de la Unión Europea (UE) todavía no lo esté entre las 17 Comunidades Autónomas españolas (CCAA).

Y todo ello, mediante un necesario equilibrio entre la unidad económica nacional y la autonomía de las CCAA, puesto que la unidad del sistema económico no significa su uniformidad, sino que, para que las CCAA puedan ejercer sus competencias, la regulación debe dejar un espacio suficiente para el despliegue de sus propias políticas.

La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 79/2017 de 22 de junio acaba de anular uno de los pilares de la LGUM, lo que obliga a un cambio de estrategia para alcanzar el citado objetivo.

APLICACIÓN Y PRINCIPIOS DE LA LGUM

La unidad de mercado comprende la libre circulación de bienes y servicios y la libertad de establecimiento y circulación de los operadores económicos por todo el territorio español, así como la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica, esto es, de la libertad de empresa.

La LGUM se aplica a cualquier actividad económi-

ca, por la que se entiende cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios, de manera que:

- La LGUM no se aplica a las actividades por cuenta ajena ni a los servicios no económicos de interés general como la justicia o la Administración Pública.

- Pero incluye los servicios excluidos¹ del ámbito de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio («Ley paraguas»); cualesquiera servicios de interés económico general (SIEG) y servicios sometidos a obligaciones de servicio público, siempre que, en ambos casos, la Administración no se reserve su gestión directa; servicios profesionales; organismos de evaluación, certificación y similares; centros educativos, incluidos los concertados y las universidades, y ejecución de contratos con alguna entidad del sector público para la construcción de infraestructuras, el suministro de bienes o la prestación de servicios.

En concreto, la LGUM se aplica a cualquier actuación administrativa, disposición o medio de intervención de cualquier autoridad competente estatal, autonómica o local o de los colegios profesionales, que incida, directa o indirectamente, en:

- El acceso y ejercicio de las actividades económicas por parte de los operadores económicos legalmente establecidos en cualquier parte del territorio nacional.

- La fabricación de productos en territorio nacional o la circulación de los mismos.

Todas las autoridades competentes mencionadas velarán por la observancia, en sus actuaciones, disposiciones y medios de intervención, de los principios de la LGUM, que son los de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad, eficacia en todo el territorio nacional, simplificación de cargas y transparencia, que tienen

valor normativo, constituyen auténticas obligaciones para las autoridades públicas y cuyo incumplimiento puede invocarse en los mecanismos de protección por los operadores.

De todos estos principios, los de cooperación y confianza mutua y transparencia se dirigen a las Administraciones Públicas (AAPP) y tienen carácter instrumental para poder hacer efectivos los otros cuatro principios, puesto que es necesario que las autoridades competentes estén interconectadas, cooperen entre sí, se reconozcan sus actos y compartan información sobre los operadores para su supervisión, originando un nuevo Derecho administrativo colaborativo capaz de regular la extrema movilidad de bienes, servicios y personas propiciada por la globalización y por los procesos de integración económica.

Dada la limitación de la extensión de esta Nota, sólo nos ocuparemos de los principios nucleares de la LGUM.

LOS DOS ASPECTOS NUCLEARES DE LA LGUM

La LGUM pivota sobre dos ejes centrales, que constituyen sus dos aspectos nucleares:

- El **principio de intervención mínima**, que, partiendo del principio de libre acceso y ejercicio de las actividades económicas, sólo permite su limitación si la medida de intervención respeta los principios de necesidad y proporcionalidad (se enuncian en los artículos 5 y 16 y se instrumentan positivamente en el artículo 17 y en negativo en el 18 de la LGUM). Este principio, que ya estaba presente en la Ley paraguas, otorga derechos a los operadores económicos y previene la imposición de regulaciones administrativas autonómicas o locales que no superen el test de proporcionalidad.
- El **principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional** (artículos 6, 19 y 20 de la LGUM) para evitar la fragmentación del mercado nacional mediante normativas autonómicas que establezcan barreras y obstáculos a la libre circulación, en virtud del cual cualquier operador que acceda legalmente a su actividad cumpliendo los requisitos de su lugar de origen podrá ejercer dicha actividad en todo el territorio nacional, debiendo las autoridades de destino asumir la plena validez de dichos requisitos aunque difieran de los propios e incluso cuando en la normativa del lugar de origen no se exija requisito, control, cualificación o garantía alguno².

Sin embargo, ninguno de estos dos principios nucleares de la LGUM impide la subsistencia de requisitos diferentes para el acceso y ejercicio de una misma actividad económica en función de las CCAA donde se produzcan ni propicia una regulación armonizada de dichos requisitos para evitar efectos distorsionadores y la fragmentación del mercado nacional.

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD

Estos principios sólo operan cuando una autoridad competente imponga, directa o indirectamente, límites al acceso a una actividad económica o a su ejercicio, así como cuando exija el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de la misma, en cuyo caso dichos límites y requisitos de ejercicio deben respetar los principios de necesidad y proporcionalidad, lo que supone que:

- La necesidad debe sustentarse en la salvaguarda de alguna de las razones imperiosas de interés general (RIIG³) recogidas, en lista cerrada, en el artículo 3.11⁴ de la Ley paraguas, de manera que los límites y requisitos que se establezcan deben tener un nexo causal con la protección de la RIIG justificativa y no con otras RIIG distintas.
- Además, dichos límites y requisitos deberán ser proporcionados a la RIIG invocada, debiendo ser el medio de intervención elegido el menos restrictivo o distorsionador de la actividad económica, de manera que la invocación de una RIIG puede justificar la necesidad de una intervención pero no garantiza la proporcionalidad del medio de intervención, lo que exige a la autoridad competente un análisis de las alternativas de intervención y una ponderación del grado necesario de protección de la RIIG invocada.

La LGUM establece una regulación más restrictiva de los regímenes autorizatorios, cuya necesidad sólo puede fundarse en cuatro RIIG tasadas (orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente). Ello supone la eliminación de todos los regímenes de autorización de operadores que no estén justificados por esas concretas y tasadas RIIG. La citada STC declara constitucional a la LGUM en este aspecto por ser conforme con el título competencial 149.1.13^a que permite fijar una determinada modalidad de intervención administrativa para reducir las cargas administrativas para el acceso y ejercicio de una actividad.

Los medios de intervención, de mayor a menor intensidad, son los establecidos en el artículo 17 de la LGUM: la autorización previa, la declaración responsable o la comunicación, que son excluyentes entre sí ya que sólo se puede imponer uno de los tres.

Autorización previa

La autorización previa, licencia o habilitación⁵ es cualquier acto expreso o presunto de la autoridad competente que se exija a un operador económico con carácter previo para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, por lo que no puede accederse ni ejercerse la actividad hasta que se haya producido el pronunciamiento de la autoridad competente. Para su exigencia se establecen los siguientes requisitos:

- La exigencia de autorización previa debe establecerse en una norma con rango de ley, salvo cuando el régimen autorizatorio se exija por una norma de la Unión Europea (UE) o tratado internacional, en cuyo caso podrá establecerse en una norma reglamentaria.
 - La exigencia de autorización previa debe motivarse suficientemente en la norma que la establezca.
 - En dicha motivación debe ponerse de manifiesto la concurrencia, de manera tasada, de los principios de necesidad y proporcionalidad:
1. Respecto de los operadores económicos, cuando esté justificado por las RIIG tasadas citadas, siempre que la intensidad de la protección de las RIIG exigida no pueda salvaguardarse con una declaración responsable o una comunicación.
 2. Respecto de las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de la actividad, cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico con la misma condición.
 3. Cuando el número de operadores del mercado sea limitado debido a la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas.
 4. Cuando así lo disponga la normativa de la UE o tratados y convenios internacionales, incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución⁶.

Declaración responsable

La declaración responsable es un instrumento de control ex post que permite el acceso y el inicio del ejercicio de una actividad económica desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección ex post de las AAPP.

Según el artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la declaración responsable:

- Es un documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos exigidos por la normativa vigente para el ejercicio de una actividad, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo de ejercicio de la actividad.
- La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información que se

incorpore a una declaración responsable o la no presentación de la misma ante la Administración competente o de su documentación acreditativa, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la actividad, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.

Se podrá exigir una declaración responsable para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, así como para las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de la actividad, cuando en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos, justificados por alguna RIIG de la lista cerrada del artículo 3.11 de la Ley paraguas y que sean proporcionados, que deben ser verificados posteriormente por la autoridad competente.

Comunicación

Por último, la comunicación es otro medio de control ex post que consiste en un documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de las AAPP competentes sus datos identificativos o cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad, cuya regulación no exige ningún tipo de requisitos para el acceso a la misma y su ejercicio, pero que, por alguna RIIG de la lista cerrada del artículo 3.11 de la Ley paraguas, las autoridades competentes necesiten conocer el número de operadores e instalaciones o infraestructuras físicas existentes en el mercado de dicha actividad. Según el artículo 69.3 de la Ley 39/2015, aunque, con carácter general, la comunicación es previa, también podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente.

EL APARATO INSTITUCIONAL DE COOPERACIÓN DE LA LGUM

El aparato administrativo de la LGUM es el precipitado de los principios de cooperación y confianza mutua y transparencia, puesto que es necesario que las autoridades competentes estén interconectadas, cooperen entre sí, se reconozcan sus actos y compartan información sobre los operadores para su supervisión, originándose un nuevo Derecho administrativo colaborativo.

Los elementos de este aparato institucional de cooperación son los siguientes:

- **Órganos de cooperación.** Se crea, como órgano de cooperación administrativa para el seguimiento y aplicación de la LGUM con funciones consultivas y de impulso y coordinación con un modelo similar al de una conferencia sectorial con la presencia de todas las AAPP, el «Consejo para la Unidad de Mercado» (CUM), que contará con una Secretaría (SCUM)⁷ como órgano técnico de cooperación y coordinación continua, y se aprovechan las Conferencias Sectoriales existentes, que pueden constituir en su seno grupos de trabajo específicos, para que las

autoridades competentes analicen y propongan las modificaciones normativas necesarias para cumplir con la LGUM para alcanzar Acuerdos de compromisos concretos de modificación de la normativa, de adopción de buenas prácticas o de otras medidas como los planes de actuación, informándose por los Ministerios de Hacienda y de Economía a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (CDGAE) sobre el desarrollo y aplicación de la LGUM y sobre los trabajos realizados en el seno del CUM y de las conferencias sectoriales.

• **Procedimientos de cooperación.** En materia de producción normativa y declarado constitucional por la STC, se establecen procedimientos ex ante de carácter preventivo mediante un sistema de intercambio electrónico, a través de la Plataforma de Cooperación Interadministrativa del artículo 23, de información de proyectos normativos de las autoridades competentes con potencial incidencia en la unidad de mercado para la detección temprana de obstáculos a la misma, así como ex post mediante la evaluación periódica de dicha normativa por todas las autoridades competentes y a impulso de las Conferencias Sectoriales y del Consejo para la Unidad de Mercado (CUM).

Para facilitar el ejercicio de las funciones de supervisión y control por las AAPP, se establece la integración de bases de datos de registros sectoriales a través de enlaces en la ventanilla única de servicios (www.eugo.es), así como la cooperación entre autoridades de origen y destino para facilitar las comunicaciones entre autoridades competentes a través de la Plataforma de Cooperación Interadministrativa.

LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS

La LGUM establece nuevos mecanismos de protección de los operadores y consumidores frente a los obstáculos y barreras a la unidad de mercado:

• **Reclamaciones del artículo 26.** Los operadores o sus organizaciones representativas que consideren vulnerados sus derechos o intereses legítimos por disposiciones reglamentarias, actos, actuaciones materiales, inactividad o vía de hecho que puedan ser incompatibles con la unidad de mercado pueden presentar una reclamación a la SCUM en el plazo de un mes (vía de hecho 20 días) con carácter alternativo a los recursos ordinarios. Admitida y, en su caso, subsanada la reclamación, la SCUM remite la misma al punto de contacto de la autoridad competente y a todos los demás de la Red de Puntos de Contacto (RPC)⁸ para formular observaciones en un plazo de 5 días. En un plazo de 10 días, la SCUM elaborará un informe de valoración que deberá ser tenido en cuenta por la autoridad competente para resolver, pero que, según la STC, debe interpretarse en el sentido de que no tiene carácter vinculante y sólo obliga a la autoridad competente a motivar las razones para no aceptarlo. Transcurridos 15 días des-

de la presentación de la reclamación el punto de contacto de la autoridad competente para resolver informará de la resolución, expresa o presunta por silencio negativo, a la SCUM, que el primer día hábil siguiente remitirá la notificación final con la resolución, que pone fin a la vía administrativa, y todos los informes al operador interesado y a la RPC.

• **Denuncias del artículo 28.** Fuera de los supuestos del artículo 26, los operadores y también los consumidores y sus organizaciones representativas podrán denunciar a la SCUM, sin plazo ni requisito algunos, los obstáculos o barreras a la unidad de mercado, que recabará informes de la RPC, en los que se podrán incluir propuestas de actuación, y elaborará un informe de valoración, informando en el plazo máximo de 15 días al denunciante sobre la solución alcanzada (aquí no hay resolución de la autoridad competente, sino que podrá ofrecer una solución). Adicionalmente, los operadores que hayan recurrido directamente ante la jurisdicción contenciosa podrán solicitar informe a la SCUM.

• **Recurso contencioso-administrativo especial de la CNMC⁹.** El artículo 27 habilita una vía para que los operadores que no consideren satisfechos sus derechos e intereses legítimos puedan solicitar a la CNMC que interponga recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional mediante un proceso especial más ágil y breve. La STC ha anulado la potestad de suspensión automática de las disposiciones y actos de las CCAA que llevaba aparejada la mera interposición del recurso por la CNMC por tratarse de una facultad que sólo puede atribuir la Constitución.

BALANCE Y ESTADO DE SITUACIÓN SEGÚN EL II INFORME CUM DE 22 DE FEBRERO DE 2017

Según este informe, a enero de 2017, se habían presentado en la SCUM 335 reclamaciones y denuncias (200 finalizadas con notificación final y 135 inadmitidos), resolviéndose con éxito alrededor del 50% de los casos finalizados, lo que demuestra la utilidad de estos mecanismos de protección. Se han emitido 650 informes por los puntos de contacto de las CCAA, lo que prueba su implicación, destacando Andalucía, Madrid, Galicia y Murcia.

Es posible identificar una especialización en las reclamaciones de servicios profesionales, transporte, telecomunicaciones, comercio y ayudas a la formación, lo que denota la existencia de obstáculos en estos sectores relacionados, sobre todo, con los principios de necesidad y proporcionalidad y, a mayor distancia, principios de eficacia y nacional y de no discriminación.

En materia de adaptación de la normativa anterior a la LGUM, en la Administración General del Estado (AGE) se han aprobado 117 modificaciones normativas, habiéndose incorporado a la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (MAIN) la valoración de los impactos a la unidad de mercado. Por parte de

las CCAA se han aprobado en torno a 149 adaptaciones normativas a la LGUM.

En cuanto a la actividad de las conferencias sectoriales, se han analizado cuestiones de unidad de mercado en 37 órganos de cooperación y formulado diversas propuestas en los grupos de trabajo de industria (10 acuerdos), comercio, turismo y sanidad mortuoria aunque sólo en los foros de turismo y de políticas del juego se han aprobado por la Conferencia Sectorial propuestas de actuación. Por otra parte, en febrero de 2015 se puso en marcha la Plataforma de Cooperación Administrativa con 289 permisos de uso, que consta de dos subsistemas: el Subsistema de Cooperación Normativa para poner en común los proyectos normativos (57 por AGE y más de 30 por CCAA) y el Subsistema de Comunicaciones Administrativas y Supervisión, que no ha sido utilizado hasta la fecha. En cuanto a la integración a través de enlaces de la información de los registros sectoriales en la ventanilla única de servicios, actualmente existen 198 registros en AGE, muchos de ellos ya integrados, habiéndose recibido información de 6 CCAA sobre sus registros autonómicos.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 22 DE JUNIO DE 2017

La reciente STC 79/2017 de 22 de junio, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento de Cataluña, ha anulado por inconstitucionales importantes preceptos de la LGUM y declarado constitucionales otros preceptos también importantes.

Esta sentencia del TC avala la regulación de los principios de necesidad y proporcionalidad establecida por la LGUM ya que desestima la impugnación de los artículos 16, 17 (del 18 se anulan sus apartados conectados con los artículos 19 y 20) y, por conexión, del artículo 5 y de la Disposición final segunda, cuyo encuadre competencial es el artículo 149.1.13^ª, ya que el artículo 16 no altera el reparto de competencias sino que sólo condiciona el ejercicio de las competencias autonómicas lo que permite dicho título competencial, y el artículo 17, en relación con el artículo 5 y la Disposición adicional segunda, también son conformes al reparto constitucional de competencias.

En efecto, el artículo 5.1 de la LGUM condiciona los fines de la acción pública autonómica pero no supone una restricción desproporcionada a la capacidad autonómica de adoptar políticas propias ya que la enumeración de razones imperiosas de interés general (RIIG) del artículo 3.11 de la Ley 17/2009 al que se remite es lo suficientemente abierta como para que quepan los diferentes objetivos que se quieran promover mediante las competencias autonómicas (no se alegan por la recurrente cuales serían esos posibles supuestos que quedarían fuera de la enumeración del citado artículo 3.11, lo que parece querer decir que si se hubieran alegado el fallo podría haber sido distinto).

Por su parte, el artículo 17.1 de carácter básico, que supone la eliminación de todos los regímenes de autorización de operadores que no estén justificados por unas concretas y tasadas RIIG (orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente) para evitar que los controles previos constituyan obstáculos indebidos al acceso al mercado, es conforme con el título competencial 149.1.13^ª que permite fijar una determinada modalidad de intervención administrativa para reducir las cargas administrativas para el acceso y ejercicio de una actividad económica sin que suponga menoscabo de los intereses a proteger ya que se permite el establecimiento de declaraciones responsables o comunicaciones, así como de condiciones de ejercicio de la actividad cuyo cumplimiento podrá ser controlado con posterioridad.

Sin embargo, la sentencia anula el principio de eficacia en todo el territorio nacional de los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades del lugar de origen que tiene como objetivo hacer frente a la fragmentación del mercado nacional, al declarar inconstitucionales y, por lo tanto, nulos los artículos 19 y 20 y por conexión la Disposición adicional décima de la LGUM por suponer el vaciamiento y cercenamiento de las competencias de la Generalitat de Cataluña y por contravenir el principio de territorialidad de las competencias.

En efecto, en opinión del Alto Tribunal, la regla del lugar de origen, que tiene carácter absoluto en la LGUM, no se corresponde con el principio de reconocimiento mutuo de la Unión Europea que está condicionado, en ausencia de normativa europea armonizadora, a la equivalencia en el nivel de protección, que, en caso de no existir, permite al EM imponer el cumplimiento de su nivel de protección a los bienes de otros EM elaborados con estándares de protección inferiores. En esta misma línea, el TC declara que el Estado puede reconocer efectos extraterritoriales a decisiones ejecutivas autonómicas, a través de la imposición del reconocimiento de la decisión adoptada por una determinada CA en el resto de CCAA, siempre que exista una legislación estatal común o normativa UE armonizada o también que, no obstante las posibles diferencias técnicas o metodológicas de las legislaciones autonómicas, fijen un estándar de protección que pueda considerarse equivalente.

La legislación estatal común puede establecer un nivel común de protección (en virtud de los títulos competenciales transversales del artículo 149.1.1^ª y 13^ª) siempre que no deje sin espacio alguno a las competencias autonómicas de desarrollo.

Sin embargo, la LGUM renuncia a fijar por sí misma normas armonizadas que aseguren la unidad de mercado en todo lo que se considere esencial, con el fin de evitar la aparición de obstáculos que

puedan fragmentarlo, normas a las que deberían sujetarse tanto los operadores económicos como las CCAA al ejercer sus competencias en su territorio. Y tampoco establece un principio de reconocimiento mutuo con un nivel equivalente de protección, sino que en su lugar establece la regla del lugar de origen con carácter absoluto, que no evita que los requisitos para el acceso a la actividad económica y su ejercicio y para la circulación de los productos no sean iguales pues dependerán de la normativa de origen que se aplique a elección del operador.

Si no existe equivalencia en las normativas autonómicas aplicables, la aplicación de la regla del lugar de origen supone obligar a una Comunidad Autónoma a tener que aceptar dentro de su territorio una pluralidad de políticas ajenas ya que su normativa queda desplazada por la normativa de origen, lo que choca con su capacidad para elaborar sus propias políticas. Con ello, se abre la posibilidad de que hasta 17 normativas autonómicas distintas se apliquen en un mismo territorio de destino a las que se podrían sumar, independientemente del estándar de protección que establezcan, las normativas de los 28 EM de la UE por aplicación del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad del artículo 18 del TFUE.

El principio de eficacia nacional de la LGUM supone sustituir, como fundamento del ámbito espacial de aplicación de las competencias autonómicas, el criterio del territorio por el de la procedencia del operador económico. Sin embargo, el límite territorial para el ejercicio de las competencias autonómicas, que está consagrado en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, no es una cuestión que sea disponible por el legislador estatal.

En consecuencia, habiendo prescindido el Estado de los instrumentos que le otorga la Constitución para hacer frente a los "obstáculos y trabas" a la actividad económica y habiendo sustituido el criterio del territorio por el criterio de procedencia del operador económico como fundamento del ámbito espacial de aplicación de las competencias autonómicas, debe declararse que el principio de eficacia nacional de la LGUM es contrario al orden constitucional de distribución de competencias al exceder del alcance del título competencial del artículo 149.1.13ª y vulnerar el principio de territorialidad de las competencias autonómicas. Por conexión con este principio de eficacia nacional declarado inconstitucional, también se declaran inconstitucionales y nulos las letras b), c) y e) del artículo 18.2 de la LGUM, así como también su Disposición adicional décima.

CONCLUSIÓN: CAMBIO DE ESTRATEGIA

Según la STC comentada, el Estado sólo podría aplicar el principio de eficacia nacional, reconociendo efectos extraterritoriales a decisiones eje-

cutivas autonómicas, cuando exista una legislación estatal común o normativa UE armonizada o también cuando, no obstante las posibles diferencias técnicas o metodológicas de las legislaciones autonómicas, éstas fijen un estándar de protección que pueda considerarse equivalente.

Sin embargo, la LGUM renuncia a adoptar actuaciones de integración positiva para fijar por sí misma unas normas armonizadas que aseguren la unidad de mercado en todo lo que se considere esencial, lo que invalida la aplicación del principio de eficacia nacional, que en la LGUM tiene carácter absoluto, salvo que exista una equivalencia en el nivel de protección.

Ello obliga a cambiar de estrategia para la elaboración de una regulación sustitutiva del anulado principio de eficacia nacional que sea compatible con la Constitución. Según la doctrina de la STC comentada, parece que en esa nueva regulación se debería tener en cuenta que:

– Cuando el Estado ostente una competencia plena sobre una materia (por ejemplo, telecomunicaciones, sin perjuicio de la superposición sobre la misma de otras competencias autonómicas o locales cuando se trata de desplegar redes e infraestructuras sobre el terreno) o bien básica con estrecho margen para la legislación de desarrollo autonómica (como sucede en la materia de energía en todo lo relativo al sistema eléctrico o gasista por su necesario carácter unitario), se podría considerar que la eficacia en todo el territorio nacional queda garantizada por la intervención estatal, en cuyo supuesto el principio de eficacia nacional seguiría siendo operativo¹⁰.

– Cuando se trate de materias que afecten al funcionamiento general de la economía, el Estado, según la STC, podría utilizar sus títulos competenciales transversales del artículo 149.1.1ª y 13ª de la Constitución para establecer la legislación estatal común que establezca un nivel común de protección en materias respecto de las cuales las CCAA también pueden ostentar competencias normativas, incluso, calificadas en sus Estatutos como exclusivas, siempre que no deje sin espacio alguno a las competencias autonómicas de desarrollo, lo que también permitiría establecer un sistema de reconocimiento mutuo.

– En cambio, cuando el Estado no ostente competencias normativas (como en materia de turismo) y no exista equivalencia en las regulaciones autonómicas, y también como vía complementaria de la anterior, parece que se podría recurrir a los instrumentos de cooperación de la LGUM, en especial, a las conferencias sectoriales para conseguir una armonización paccionada o la elaboración conjunta de normas uniformes en su seno, puesto que el reconocimiento mutuo de dicha equivalencia solo parece posible mediante acuerdo de las CCAA.

– Por último y con carácter excepcional, para cuando fuese imprescindible una regulación uniforme en una materia esencial de competencia

autonómica, se podrían utilizar las leyes de armonización que están inéditas.

■ Manuel Alonso Martín-Sonseca

REFERENCIAS

- Guía para la aplicación de la LGUM. <http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/gum/ficheros/GuiaLGUMweb1.pdf>
- II Informe Consejo para la Unidad de Mercado de 22 de febrero de 2017. <http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/gum/ficheros/IIInformeSECUM.pdf>
- Catálogo de Buenas y Malas Prácticas en la Aplicación de la LGUM. <http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/gum/ficheros/CATALOGOweb.pdf>
- Portal unidad de mercado. <http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/gum>
- Unidad de mercado CNMC. <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/unidad-de-mercado>

NOTAS

- [1] Comunicaciones electrónicas y servicios audiovisuales, servicios financieros, transportes, juego, empresas de trabajo temporal, servicios sanitarios, servicios de notarios y registradores y servicios sociales.
- [2] Esta regla del lugar de origen podría dar lugar a un dumping regulatorio entre las CCAA o carrera desregulatoria a la baja (race to the bottom), que generaría un efecto discriminatorio inverso al enfrentarse los operadores establecidos en CCAA que exijan más requisitos a la competencia de los operadores que hayan accedido a la actividad en CCAA con menos requisitos o, incluso, con ninguno.
- [3] Las RILG, cuya lista no es cerrada en la jurisprudencia europea, son el resultado de la importación por el TJUE de la técnica jurisprudencial norteamericana de la rule of reason, en virtud de la cual una regla de base (en este caso, una prohibición de introducir restricciones a una libertad de circulación) se modula o atenúa a lo que es razonable en cada caso concreto cuando existe un objetivo de interés general que prima sobre las exigencias de la regla de base. Tal vez la más célebre rule of reason fue la adoptada en 1911 por el Tribunal Supremo norteamericano en el caso antitrust Standard Oil Company of New Jersey et al. versus United States, que determinó que dicha empresa se había hecho grande por medios injustos y ordenó su división o desmembramiento en siete empresas más pequeñas.
- [4] Orden público, seguridad pública, protección civil, salud pública, preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de los servicios y de los trabajadores, exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, lucha contra el fraude, protección del medio ambiente y del entorno urbano, sanidad animal, propiedad intelectual e industrial, conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.
- [5] Las inscripciones en registros con carácter habilitante, esto es, cuya inscripción es obligatoria para el acceso a la actividad, tendrán a todos los efectos el carácter de autorización.
- [6] Este principio se establece en el artículo 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) como una de las bases de la política medioambiental de la UE. El TJUE lo ha elevado a la categoría de principio general del Derecho de la UE, por lo que también se aplica en materias distintas como la salud pública, la seguridad industrial, la protección de los consumidores, etc...
- [7] Por Orden ECC/250/2014, de 20 de febrero, se asigna la SCUM a la SG de Unidad de Mercado, Mejora de la Regulación y Competencia.
- [8] Son puntos de contacto la SCUM, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), cada ministerio y la autoridad que designe cada CA o Ciudad con Estatuto de Autonomía.
- [9] La CNMC ha interpuesto 37 recursos, habiéndose desestimado los dos resueltos hasta la fecha, relativos a los servicios de prevención de riesgos laborales de las Comunidades Autónomas de Principado de Asturias y Castilla y León.
- [10] En realidad, el principio de eficacia nacional tiene su razón de ser en la existencia de diferentes regulaciones autonómicas en el ejercicio de sus competencias. Cuando la competencia es exclusiva y plena del Estado no existen dichas regulaciones autonómicas diferentes y sólo existe una única regulación estatal, que tiene eficacia en todo el territorio nacional.