

II.2 EL DEBATE SOBRE LA UNIDAD DE MERCADO

LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO. EN ESPECIAL, LOS PRINCIPIOS DE NECESIDAD Y DE EFICACIA NACIONAL Y SU REPERCUSIÓN SOBRE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Manuel Rebollo Puig¹

I. Rasgos generales de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado

1.– Afirma la Exposición de Motivos de la LGUM que “pese a las medidas adoptadas, la fragmentación subsiste en el mercado español”. O sea, no ya que esté en peligro la unidad del mercado nacional, sino que se ha roto o, al menos, que no se ha logrado en la medida necesaria o apropiada. Y es eso lo que justifica y legitima esta Ley.

Es dura y osada esta afirmación sobre la fragmentación del mercado español que descalifica lo construido tras treinta y cinco años de Estado autonómico, con leyes estatales sobre los más diversos sectores y de jurisprudencia constitucional que, según ese juicio, no habrían evitado una situación claramente contraria a la querida por la propia Constitución.

Es, además, discutible. Hay quien la niega². Por lo menos es difícil de asumir o rebatir en términos absolutos. Depende de lo que se entienda por unidad de mercado y por fragmentación del mercado. Pero, por lo menos, cabe seriamente ponerla en cuestión y afirmar, por el contrario, que se había logrado un equilibrio razonable y casi pacífico entre la autonomía y la unidad de mercado. Incluso cabe apostillar que tras la Directiva de Servicios y sus transposiciones, a veces exageradas, al Derecho español la unidad de mercado se había reforzado aún más. En suma, no es aventurado afirmar que antes de la LGUM ya había un mercado nacional en el que las libertades de circulación encontraban pocas o livianas dificultades y en el que, por los mecanismos del Derecho interno o por

1. Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196. Proyecto de Investigación del Estado DER-2012/3569.

2. Así, por ejemplo, S. MUÑOZ MACHADO, “Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado”, *REDA*, nº 163 (2014), sobre todo pp. 11 y 16, que califica esa afirmación sobre la fragmentación del mercado de “políticamente interesada” y “exagerada”, lo que correlativamente le lleva a afirmar que la LGUM es de “dudosa necesidad y utilidad”.

los del Derecho europeo, se podían superar las distorsiones que se detectaran con los instrumentos ordinarios y bien consolidados y aceptados.

Si se duda de esta premisa de la LGUM se resquebraja la justificación de la propia Ley. Incluso si no se descartan por completo algunas disfunciones en algunos sectores y ciertas dificultades para la plena unidad de mercado y para la efectividad completa de las libertades de circulación de operadores económicos, de mercancías y de servicios, cabría imputar a la LGUM desmesura o desproporción si se pensara que ha acogido soluciones más restrictivas de la autonomía de las realmente necesarias para solventar aquellas disfunciones y dificultades.

2.– La LGUM tiene, no sólo su precedente, sino su clara inspiración en la Directiva de Servicios, confesada en su misma Exposición de Motivos.

Desde luego, no es ni se muestra como una norma que pretenda continuar la transposición de tal Directiva.

Por lo pronto, desborda ampliamente el ámbito material de la Directiva de Servicios porque incluye a todas las “actividades económicas en condiciones de mercado” (art. 2); por tanto, también a las de elaboración y comercialización de productos³. Ya no es sólo realización de la libre circulación de servicios sino también, como poco, de la de mercancías. Y con respecto a los servicios es de mayor amplitud: sólo quedan fuera las actividades que, en virtud del art. 128.2 CE, estén reservadas al sector público; si acaso cabe dudar de la sujeción de las actividades de servicio público no monopolizadas pues, pese a que respetan la iniciativa privada, no concurren con ella en condiciones de mercado; pero, en cualquier caso, las demás, incluso aunque puedan ser consideradas servicios de interés económico general si se ejercen en condiciones de mercado, quedan afectadas.

Además, como iremos comprobando, sus soluciones son más radicales que las de la Directiva de Servicios, a veces más próximas, si acaso, a la propuesta inicial del Comisario Bolkestein que luego fue moderándose⁴.

Pero reconocidas todas esas importantes diferencias, es indudable su inspiración en la Directiva de Servicios donde encuentran precedente los términos que emplea, sus principios y parte de sus concreciones. Y sobre todo su táctica de garantizar la unidad de mercado y la libre circulación mediante la desregulación que se impone, al menos, a las Comunidades Autónomas y a los entes locales.

Con todo, la inspiración de la que hablamos es sólo eso y no está reñida con la originalidad de la LGUM que, con sutil y exquisita habilidad, cambia el significado y la función de los términos y principios de la Directiva de Servicios hasta construir algo distinto y novedoso.

3. Vid. G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Unidad de mercado y libertades de empresa y circulación en le Ley 20/2013, de 9 de diciembre”, *REDA*, nº 163 (2014), pp. 125-126.

4. Observa estas diferencias hasta afirmas que la “Ley estatal es mucho más liberalizadora” que la Directiva de Servicios, J. TORNOS MAS, “La Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado: una reforma discutible”, en <http://idepbarcelona.blogspot.com.es>.

3.– Uniendo las ideas ya apuntadas, hasta podría sospecharse que la LGUM tiene por verdadero fin lo que presenta como un medio. Es decir, que más que preservar o potenciar la unidad del mercado nacional mediante la desregulación busca la desregulación misma. O que quiere la desregulación más allá de lo que la requiere la unidad de mercado. O, incluso, que más que la libre circulación persigue y consigue instaurar una concepción radical de las libertades económicas. La Exposición de Motivos da pistas en esa dirección. Ensalza los efectos negativos del “crecimiento de la regulación” (dificulta la competencia efectiva, impide aprovechar la economía de escala, desincentiva la inversión, reduce la productividad, el crecimiento y el empleo) y, con ese diagnóstico, lógico es que encuentre la medicina en la desregulación: “... esta Ley *aprovecha* para seguir impulsando un marco regulatorio eficiente para las actividades económicas, que simplifique la regulación existente, elimine regulaciones innecesarias...”. Y tanto lo “aprovecha” que se puede tener la impresión de que es eso lo que prioritariamente pretende. Pero si fuese cierto e incluso sin cuestionar su constitucionalidad, entonces habría que decir que la Ley no es para la garantía de la unidad de mercado sino para la garantía de las libertades económicas. Y si así se aceptara, tal vez se comprenda mejor el juicio descalificador de la Exposición de Motivos, o sea, que lo que en el fondo quiere imputar al mercado español no es tanto que esté fragmentado como que está excesivamente regulado y constriñe más de lo conveniente las libertades económicas.

4.– Todo ello, además, con una Ley que ha generado resistencia y conflictividad allá donde las cosas parecían más calmadas y en un momento poco oportuno.

En concreto, se han interpuesto contra la LGUM cuatro recursos de inconstitucionalidad: Primero, el promovido por el Parlamento de Cataluña nº 1397-2014, contra los arts. 14.2 y, por conexión, 23.2; 16; 17; 18 y, por conexión, 5 y disposición final 2ª; 19; 20; 26.5; 27 en relación con la disposición final 1ª.3; disposición final 3ª.1 y por conexión 2 y disposición final 4ª. Segundo, el del Gobierno de Cataluña nº 1411-2014, contra los arts. 5; 6; 14.2; 16; 17; 18; 19; 20; 23; 26.5; 27; disposición adicional 10ª; y disposiciones finales 1ª, 2ª, 3ª y 4ª. Tercero, el interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía nº 1454-2014 contra los arts. 6; 14.2; 17, último inciso del párrafo primero y letras a) a d); 18.2, letras b) a f); 19; 20; 21.2 y 3; 23.2; 26; 27; disposición adicional 10ª; y disposiciones finales 1ª, 2ª y 4ª. Y cuarto, el promovido por el Gobierno de Canarias nº 5437-2014, contra los arts. 6, 19 y 20. En conjunto, casi todo en lo que la LGUM tiene novedades relevantes está sometido al Tribunal Constitucional.

Por otra parte, de acuerdo con el art. 33 LOTC, se han realizado negociaciones en el seno de las correspondientes Comisiones Bilaterales de Cooperación entre la Administración General del Estado y la correspondiente Comunidad Autónoma para resolver discrepancias sobre la LGUM. También esto revela la conflictividad que ha generado y, sobre todo, las dudas y la inseguridad que ha suscitado y suscita su contenido. En concreto, tales negociaciones se entablaron

exitosamente con el País Vasco y con Galicia⁵. Estos acuerdos están plagados de expresiones como “ambas partes coinciden en interpretar que...”. Pero su valor jurídico es reducido y, desde luego, no vinculan a terceros ni a los tribunales ordinarios ni al Constitucional, aunque quizás consigan orientar su interpretación.

En cualquier caso, sirven también estos Acuerdo para poner de relieve que no es nada fácil desentrañar el verdadero significado y alcance de la LGUM y su fuerza transformadora y que genera una inseguridad jurídica que afectará a los distintos poderes y a los ciudadanos y empresas, y que no es arriesgado augurar que dará lugar a una litigiosidad que no siempre se canalizará por los cauces *ad hoc* previstos por la misma LGUM. Inseguridad y litigiosidad, cabe añadir, en la que quizás las empresas vean más inconvenientes que en las limitaciones a la libre circulación que supuestamente sufrían.

5.– La Ley no otorga nuevas competencias al Estado. Paralelamente puede decirse que no priva a las Comunidades Autónomas ni a los entes locales de ninguna de sus competencias. En ese sentido puede decirse, como se ha dicho, que no recentraliza. Aun reconociéndolo así, sí que se afecta a sus competencias de dos formas: les impone nuevos límites de respeto a una ley estatal; y delimita entre sí las competencias de los distintos entes territoriales, sobre todo de las diversas Comunidades Autónomas entre sí. Y, como iremos viendo, todo ello hasta conformar un entramado que encorseta notablemente el ejercicio y la efectividad de las competencias.

Los mandatos y prohibiciones de la LGUM están dirigidos formalmente en la mayoría de los casos a “las autoridades competentes”. Esa expresión lleva a pensar sobre todo en autoridades administrativas. Por tanto, cabe pensar que la LGUM supone restricciones a las distintas Administraciones públicas. Es más, muchos de sus preceptos sólo pueden tener como destinatarias a éstas y a sus autoridades y órganos. Inclinan en igual dirección los mecanismos instaurados por la Ley para su efectividad pues, al encaminarse finalmente hacia la jurisdicción contencioso-administrativa, hacen pensar que lo susceptible de impugnación y lo que es aquí objeto de disciplina son sólo las actividades administrativas. Lo anterior hay desde luego que completarlo respecto a los Colegios Profesionales y toda la organización colegial, y, por otra parte, respecto a los organismos privados de normalización y de acreditación que, en su caso, también podrían quedar vinculados por la LGUM.

5. En el caso del País Vasco se iniciaron sin señalar los preceptos objeto de discrepancia (BOE de 1 de abril de 2014), pero lográndose finalmente un Acuerdo en la Comisión Bilateral (publicado en BOE de 12 de agosto) en el que “ambas partes consideran solventadas” las discrepancias “en razón a las siguientes consideraciones...”. En cuanto a Galicia las discrepancias se producían respecto de los arts. 3.1; 5; 6; 7; 16; 17; 18; 19; 20; 21.2; 26; 27.1 y 6; 28; disposiciones adicionales 4ª y 10ª; y disposiciones finales 1ª, 2ª, 3ª y 4ª (BOE de 4 de abril de 2014); y se llegó a un Acuerdo (BOE de 29 de octubre) sobre las discrepancias por el que “ambas partes las consideran solventadas de conformidad con los siguientes compromisos...”. También con Canarias se acudió a este cauce (BOE de 1 de abril de 2014) respecto a los arts. 6, 19 y 20, pero no se llegó a acuerdo y, como se ha visto, el Gobierno canario ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra esos mismos artículos.

Pero hay más que eso y es lo que importa realzar: hay también indudablemente mandatos y prohibiciones a las leyes, a los legisladores. Se deduce de que sus restricciones a las “disposiciones de carácter general” o simplemente a las “normas” (arts. 3.1, 9.2, 15, etc.) se consagran sin calificar nunca a éstas como administrativas o de rango inferior a la ley. Se deduce asimismo de que en que en algún caso se habla expresamente de leyes (así, art. 14.3 y 6). Se confirma al comprobar que se dirige reiteradamente a cualquier autoridad, no sólo a las administrativas. Es más, cuando define en su anexo “autoridad competente”, se refiere al final “en particular” a las administrativas y colegiales, pero tras partir de un concepto mucho más amplio en el que entra cualquiera que “lleve a cabo la regulación, ordenación ... de las actividades económicas o cuya actuación afecte al acceso a una actividad económica o a su ejercicio”, y ello incluye de modo inequívoco a los distintos legisladores. Pero sobre todo se deduce de su mismo propósito y contenido: si se trata de asegurar la unidad del mercado nacional ello hay que garantizarlo por igual frente a las actuaciones administrativas y frente a las normas con rango de ley. Desde ese punto de vista, igual que sucede con la unidad del mercado europeo, es irrelevante qué poder público ice el obstáculo. Y todo el propósito de la Ley quedaría arruinado si no fuese así y si bastara a una Comunidad Autónoma aprobar una norma con rango de ley para quedar al margen de la LGUM y para, con sólo eso, no encontrar más condicionantes que los derivados directamente de la Constitución. En suma, pues, las restricciones de la LGUM son restricciones a todos los poderes públicos, incluidos los legisladores. Es más, por su situación de partida y por la posición en el ordenamiento de la LGUM, como ley básica que es, quienes real y más efectivamente sufren tales restricciones son los legisladores autonómicos.

6.— Al igual que la Directiva de Servicios y las normas españolas que dictadas con su ocasión o pretexto, la LGUM restringe la posibilidad de someter las actividades privadas a controles administrativos previos, o sea, a autorizaciones y similares. Ahora más intensamente, además de que también hay algunas restricciones a la posibilidad de exigir comunicaciones y declaraciones responsables, como se verá. Pero ello, en principio, nada tiene que ver con la posibilidad de imponer restricciones materiales a esas actividades privadas: se permitiría, por ejemplo, imponer deberes, prohibiciones y limitaciones de todo género a la actividad de campamentos o de agencias de viaje, aunque no se pudiera controlar previamente la observancia de todo eso mediante una autorización o similar. Si esto fuese todo, cabría pensar que no hay merma sustancial para la configuración por los poderes públicos de las libertades económicas en función de lo que entiendan conveniente para los intereses generales que detecten y quieran preservar: para la defensa de cualquiera de ellos cabría imponer las restricciones a las actividades privadas que los poderes públicos juzguen oportunas con la sola condición de no controlarlas mediante autorizaciones. Sólo obligaría, por tanto, a un cambio de estrategia en el control administrativo que perdería el arma de la autorización. Pero ello ni siquiera habría de entrañar una “desadministrativización” pues la inexistencia de una autorización no niega la posible existencia de todo tipo de restricciones materiales ni de otras potestades administrativas para su control y para reaccionar ante su transgresión, como luego razonaremos.

Pero, en realidad, la unidad de mercado –o simplemente la libertad de empresa– siempre ha supuesto algo más, siempre ha significado restricciones a los poderes públicos para imponer prohibiciones y limitaciones materiales a las actividades privadas concernidas. Es más, eso era lo esencial, y las limitaciones a la sujeción a autorizaciones eran más bien una consecuencia o complemento adicional. En la misma Directiva de Servicios y en las normas españolas de trasposición esa otra vertiente esencial de la unidad de mercado también ocupaba un papel central pese a que en España se enfatizó sobre todo su repercusión sobre las autorizaciones. Ahora, con la LGUM, esta otra vertiente se potencia notablemente. La libertad que se proclama no es sólo ni fundamentalmente libertad frente a autorizaciones y controles administrativos previos; los límites a las actividades privadas que se proscriben o reducen no son los meramente formales o burocráticos, sino también los materiales⁶. Y es éste, además, el aspecto más importante, el que restringe más sustancial y severamente las competencias de los distintos poderes públicos y el que, quizás, debilita más sus posibilidades de tutelar aquéllos que consideren intereses generales.

II Los principios de necesidad y de proporcionalidad

1. *El significado del principio de necesidad*

El art. 5 LGUM contiene un precepto clave sobre el que tal vez no se haya reparado suficientemente. Comporta el límite más general y riguroso a los poderes públicos infraestatales de cuantos contiene esta Ley y, en realidad, una configuración radical de las libertades económicas (sobre todo la libertad de empresa pero también la de profesión y oficio). La libertad de empresa consiente, conforme al art. 38 CE, limitaciones basadas en muy diversas razones obedientes a diferentes intereses generales seleccionados y valorados con gran margen de apreciación por el legislador. Ese precepto se refiere en concreto a la “defensa de la productividad”, a las “exigencias de la economía general” y a la planificación. En suma, admite restricciones basadas en cualquier valor constitucional, incluidos estos de carácter marcadamente económico. Lo mismo puede decirse de la libertad de profesión y oficio y, desde luego, de la propiedad pues la función social que la delimita (art. 33 CE) queda muy abierta a las valoraciones que las leyes hagan de los más distintos intereses generales.

Sin embargo, el art. 5.1 LGUM consagra como “principio de necesidad” que las leyes sólo podrán imponer límites a la libertad de empresa y de profesión por determinadas razones tasadas y por ninguna otra. Son las “razones imperiosas de interés general” enumeradas exhaustivamente en el 3.11 de la Ley 17/2009 o “ley paraguas”. O sea, que ese principio de necesidad no significa sin más que esas limitaciones hayan de ser necesarias para la defensa de cualquier interés general o para los que tengan respaldo constitucional, sino necesarias pre-

6. Lo destaca certeramente M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, “El impacto de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado sobre la ordenación del comercio interior”, en M. J. ALONSO MAS (Dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 543-544.

cisamente para la protección de unos cuantos intereses elegidos por el mismo legislador estatal; cualquier otro interés general queda proscrito como posible justificación de límites a las libertades económicas, como posible finalidad de las restricciones a esas libertades; y ello con independencia de que supongan o no trabas para la libre circulación o unidad de mercado.

Eso es lo que el art. 5.1 LGUM establece, aunque lo haga de forma alambicada y más oscura. Es así porque, aunque formalmente se exprese como una mandato de motivación (“Las autoridades ... motivarán...”), realmente contiene una prohibición de imponer límites por otros motivos; porque aunque se dirige a las “autoridades” afecta fundamentalmente al legislador que es quien puede establecer límites a las libertades económicas o habilitar a la Administración para imponerlos; porque entre los límites sometidos a tal necesidad no están sólo los relativos al acceso a la actividad ni sólo los formales (autorizaciones y similares) sino también los que afecten al ejercicio de la actividad y los que supongan cualquier límite material. Es más, si se refiriese sólo a la necesidad de autorizaciones, el art. 5.1 sobraría y estaría contradicho por el resto de la Ley que, en realidad, sólo permite la sujeción a autorizaciones por motivos aun más reducidos, no por todas las razones imperiosas de interés general, como se expondrá después.

La lista de las razones imperiosas de interés general es relativamente amplia. Las define así el art. 3.11 de la Ley 17/2009, al que se remite el art. 5 LGUM: “Razón imperiosa de interés general”: razón definida e interpretada (por) 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. Pero, aunque amplia, también es mucho lo que queda fuera de ella. Entre otras cosas, quedan fuera las razones expresamente admitidas por el art. 38 CE para limitar la libertad de empresa, o sea, la “defensa de la productividad” y las “exigencias de la economía general” y la planificación. Fuera quedan también razones ínsitas en los arts. 128 y 131 CE. Y otras muchas más concretas que quizá pudieran entenderse comprendidas en ellas o en otros preceptos constitucionales, desde la protección de los pequeños empresarios o de la artesanía o de las cooperativas, o la integración de los discapacitados o de personas en riesgo de exclusión social, etc. Incluso la protección de la infancia y adolescencia o la lucha contra la ludopatía quedan a expensas de cómo se interprete el orden público o la salud pública.

Con todo esto se han establecido unas restricciones a los poderes públicos que de ningún modo encuentran justificación en la Constitución ni en sus garantías de la unidad de mercado. También estas garantías incluyen, según el Tribunal Constitucional, un principio de necesidad o, para ser más exactos, un principio de proporcionalidad que, entre otras cosas, exige que las medidas sean necesarias para el logro de la finalidad perseguida. Pero las finalidades que

lícitamente podían perseguirse no estaban tasadas. Menos todavía cabía identificarlas con las que el Tribunal de Luxemburgo había considerado a sus efectos razones imperiosas de interés general.

Pero es que tampoco rige nada de esto en la Unión Europea que no impone a las autoridades nacionales semejantes restricciones a su regulación. Ni siquiera con la Directiva de Servicios llegó a tanto. La solución de la LGUM se sirve de algunos términos e ideas del Derecho europeo pero las transforma. No sólo ni fundamentalmente porque restrinja las razones imperiosas de interés general sino porque les atribuye una función que no tienen allí.

Por lo que se refiere al cambio del concepto de razón imperiosa de interés general baste decir que tales razones no están cerradas en el Derecho de la Unión, que pueden ser todas las que, como su nombre indica, sean realmente imperiosas para un interés general que se juzgue digno de protección y de suficiente valor como para permitir un obstáculo a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios. Los Estados miembros son los primeros llamados a valorar esas circunstancias y, por tanto, a decidir si justifican límites a las actividades económicas y, en su caso, obstáculos a la libre circulación. Ocurre sólo que esas decisiones de las autoridades nacionales están sometidas al control del Tribunal de Justicia que decidirá caso por caso si el interés general invocado y efectivamente perseguido por el Estado miembro es, por así decirlo, de suficiente peso o importancia para justificar el obstáculo introducido a la libertad de establecimiento y de servicios. El Tribunal de Justicia nunca ha cerrado la puerta a nuevas razones imperiosas, aunque se guarda la llave. La Directiva de Servicios, aunque respetaba ese planteamiento, enumeró las principales razones imperiosas de interés general ya admitidas por la jurisprudencia comunitaria, pero lo hacía como una mera enunciación no agotadora y definitiva sino abierta y que, por tanto, admitía que hubiera otras que invocaran los Estados miembros y obtuvieran el plácet del Tribunal de Justicia. Al trasponerse en España, la ley paraguas en su transcritto art. 3.11, convirtió en una lista cerrada y exhaustiva lo que no lo es y ofreció como una foto fija y definitiva lo que de ninguna forma lo es para la Unión. Con ello ya conseguía una restricción a los poderes nacionales que no impone el Derecho europeo.

Pero lo más trascendental es que en el Derecho español, con la LGUM, se atribuye a las razones imperiosas de interés general una función mucho más relevante que la que le confiere el Derecho europeo incluso tras la Directiva de Servicios. Allí, por lo pronto, sólo son las que se pueden invocar para justificar obstáculos a la libertad de establecimiento y de servicios; si acaso, también a la libre circulación de capitales. Pero si lo que está en juego es la libre circulación de mercancías se utiliza otra expresión, la de “exigencias imperativas”, que, aunque similar, no es idéntica y que el Tribunal de Justicia no intercambia. Con la LGUM, sobre todo con su art. 5.1, las razones imperiosas de interés general sustituyen a las “exigencias imperativas”. Pero hay algo más; y algo más importante. En el Derecho de la Unión tanto las “razones imperiosas de interés general” como las “razones imperativas” son las que, partiendo de que los Estados miembros son competentes para imponer cualesquiera límites a las libertades económicas indistintamente aplicables a nacionales y extranjeros comunitarios,

pueden justificar que de hecho dificulten más la actividad de estos o la hagan menos atractiva o menos rentable que la de aquellos. Si no se producen esas dificultades, ningún inconveniente se pone a que los Estados miembros limiten las libertades económicas por cualquier fin. Incluso todavía hay que añadir que cuando sí entrañan esas diferencias que de hecho colocan al extranjero comunitario en peor situación para competir, tampoco por ello serán ilícitas sino sólo no oponibles a éste. Y ello, con alguna matización, sigue siendo así tras la Directiva de Servicios. Ciertamente que ésta ya aumentó algo las funciones de las razones imperiosas de interés general (simplificando algo, las convirtió en las únicas que justificaban autorizaciones y las reglas de la llamada “lista gris”), pero no fue más lejos. Por el contrario, el art. 5.1 LGUM, no sólo superando a la Directiva de Servicios sino a todas las normas españolas anteriores que más o menos acrobáticamente se fundamentaban en ella, convierte a las razones imperiosas de interés generales en las únicas que pueden justificar la licitud de límites a las libertades económicas, aunque sean límites aplicables indistintamente a todos y aunque no comporten de derecho ni de hecho ninguna dificultad superior para los operadores foráneos.

Lo anterior demuestra que el llamado “principio de necesidad” del art. 5.1 LGUM lo que realmente intenta va más allá de la preservación de la unidad de mercado. Se desenvuelve y juega al margen de ella, con total independencia de lo que se supone es la finalidad de esta Ley. Pone límites, no sólo ni principal o directamente a los obstáculos a las libertades de circulación, sino a cualquier restricción a las libertades económicas. Es mucho más que un medio para asegurar la libre circulación de servicios y productos. Lo que realmente intenta es consagrar una configuración radical de la libertad de empresa que, con independencia de cualquier peligro para la unidad del mercado nacional y las libertades de circulación, restringe drásticamente las posibilidades del legislador para limitar su ejercicio⁷. Se evidencia aquí y alcanza su máxima potencia el propósito desregulador que luce en la Exposición de Motivos de la LGUM y que ya antes recordábamos. Más aún, su art. 5.1 es directa y preponderantemente desregulador mucho más allá de lo que reclama la unidad de mercado.

Cuestión distinta es que este intento no puede alcanzar del todo sus objetivos porque esa concepción extrema de las libertades económicas que consagra de poco valdrá frente a las normas internacionales y sobre todo europeas y ni siquiera frente a las leyes estatales, que podrán seguir imponiendo límites a las libertades económicas por cualquier fin aunque no entre dentro de las razones imperiosas de interés general. Al cabo, sólo hay un recorte de las posibilidades

7. Es esta idea la que definiendo más detenidamente en “La libertad de empresa tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *REDA*, nº 163 (2014), pp. 23 a 33, y en la que coincido por completo con G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Unidad de mercado y libertades de empresa y circulación...”, publicado en la mismo nº 163 de la *REDA*, y que en p. 124 afirma que en la LGUM “las consecuencias vinculadas a este principio de necesidad y proporcionalidad trascienden del objetivo de garantizar la unidad de mercado”; y que “resulta inapropiada, además de innecesaria, la apelación a la garantía de la unidad de mercado para tratar de justificar la opción política, de marcado signo liberalizador, por la que se ha decantado la LGUM”. Porque “lo que se viene a reforzar es la libre iniciativa económica o, si se quiere, la libertad de empresa, pero no, al menos en estrictos términos, la unidad de mercado”.

de los legisladores autonómicos y, si acaso, de los entes locales. Con esta salvedad, el art. 5.1 LGUM es sólo fundamentalmente una garantía de la libertad de empresa y de profesión y oficio frente a las leyes de las Comunidades Autónomas que, aunque no ven reducidas sus competencias en favor del Estado, sí que las ven encorsetadas por un nuevo límite material: no restringir las libertades económicas nada más que por ciertas razones elegidas por el Estado.

Así las cosas, no es fácil justificar la adecuación de este art. 5.1 a la Constitución, máxime respecto a materias de la exclusiva competencia autonómica como agricultura, vivienda, comercio interior, turismo ... Si son exclusivas de las Comunidades Autónomas, ¿cómo justificar que sea el Estado quien decida las finalidades que puedan justificar cualquier límite a las libertades económicas en esos sectores? Ciertamente que las competencias transversales del Estado como las invocadas por la propia LGUM (arts. 149.1.1ª y 13ª) le permiten entrar incluso en las materias exclusivas, pero ello a condición de siquiera invocar una conveniencia de establecer un mínimo común uniforme que sólo es imaginable para cada sector y para cada regulación concreta, no para todos y para meramente impedir la regulación autonómica.

No es impertinente aclarar por último que lo que la LGUM, aunque ya con algún precedente reciente a partir de la Directiva de Servicios, presenta como principio de necesidad no es a lo tradicionalmente se ha llamado así. La necesidad de que antes se hablaba era una parte del principio de proporcionalidad y sólo significaba que la medida adoptada, pese a ser restrictiva de alguna libertad o de la unidad de mercado, debía ser la menos restrictiva de las adecuadas para conseguir la finalidad perseguida. Ahora lo veremos. Lo que en este momento importa subrayar es que la necesidad no comportaba ninguna delimitación de las finalidades lícitamente perseguibles sino que, partiendo de una finalidad lícita cualquiera, imponía que se tomara la menos restrictiva, la más suave. Ahora, por el contrario, con el nombre de principio de necesidad se ha introducido algo por completo distinto: una limitación a las finalidades que puede perseguir incluso el legislador para limitar la libertad económica.

Así que, hablando de principio de necesidad y de razones imperiosas de interés general, todo suena parecido a lo que había antes, pero con las mismas palabras se ha construido un sistema por completo diferente.

2. En especial, principio de necesidad y controles previos

Ni siquiera las razones imperiosas de interés general incluidas en la lista tasada y reinventada por el legislador español son suficientes para cualquier restricción. En concreto, no lo son para imponer el sometimiento a autorización. A este respecto, las razones justificativas son menos. Lo establece el art. 17.1 LGUM que en ningún caso habla de razones imperiosas de interés general.

Admite siempre las autorizaciones cuando el número de operadores sea limitado y ello es posible “por la escasez de recursos naturales, la utilización del dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas” [art. 17.1.c)].

Para el resto de los casos, distingue según se trate del puro acceso a la actividad económica o de la instalación e infraestructura física correspondiente. La autorización de la pura actividad económica sólo se podrá exigir “por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad”. La autorización para la instalación o infraestructura física necesaria para la actividad económica sólo se podrá exigir “cuando sean susceptibles de causar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad y la salud y el patrimonio histórico-artístico”. Como es fácil observar, desaparecen como causas justificativas de las autorizaciones muchas de las razones imperiosas de interés general: la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos 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 propiedad intelectual e industrial, los objetivos de la política social y cultural... Todo esto puede justificar otras restricciones a las libertades económicas, pero no su sometimiento a autorización.

Esto no lo imponía el Derecho europeo ni siquiera tras la Directiva de Servicios⁸. Y tampoco lo impuso la Ley 17/2009 o “ley paraguas”. De hecho, la LGUM modifica a ésta para adecuarla a su regulación. El cambio es revelador. Antes el art. 5.b) de esta Ley decía que se podía someter una actividad de servicios a autorización cuando hubiera “necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general”. Ahora, tras su modificación por la LGUM, dice: “Necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente, o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos del mercado”. O sea, menos razones que antes de la aprobación de la LGUM; no todas las imperiosas de interés general, como admitía la “ley paraguas”, sino sólo algunas⁹.

8. No debe confundir el hecho de que la corta lista de razones del art. 17.1.a) LGUM sí que coincide con la del art. 16.1.b) de la Directiva de Servicios: orden público, seguridad pública, salud pública y medio ambiente. Este precepto se refiere a los casos de prestación de servicios sin establecimiento en un Estado miembro a quien ya está establecido y presta servicios en otro; o sea, dentro de la genérica libertad de circulación de servicios, se refiere sólo a la libre prestación de servicios (arts. 56 a 72 TFUE) y no a la libertad de establecimiento (arts. 49 a 55 TFUE). Por el contrario, en el art. 17.1.a) LGUM estas pocas razones son las únicas que justifican autorizaciones en general, incluyendo ya no sólo al prestador de servicios implantado en una Comunidad que pretenda prestarlos en otra y ni siquiera sólo cuando quiera abrir establecimiento en otra, sino también, al margen de toda situación interautonómica, a quien por primera vez quiera prestar el servicio. Así que su equivalente en la Directiva de Servicios no es ese art. 16.1.b) sino el 9.1.b) en el que las autorizaciones se consideran justificadas por cualquier razón imperiosa de interés general. Si acaso podrá decirse que la LGUM juega hábilmente con expresiones y preceptos de la Directiva para construir otra cosa diferente.

9. Esta restricción fue criticada en el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de LGUM (de 24 de junio de 2013, Ref. 631/2013), incluso sin entrar a valorar su afectación al sistema de distribución de competencias. Afirmó que las razones recogidas en el art. 17.1 “son insuficientes, debiendo expresamente remitir a las más amplias que señala el art. 5 («alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el art. 3.11 de la Ley 17/2009»).

Piénsese, por ejemplo, en los servicios de residencias para la tercera edad. Hasta la LGUM cabría que una Comunidad Autónoma los sometiera a autorización para, entre otras cosas, proteger “los derechos ... de los destinatarios del servicio ... y los objetivos de la política social”. Ahora eso mismo podrá justificar que las Comunidades Autónomas introduzcan en su normativa restricciones materiales a esas mismas residencias (cabrá imponer determinadas condiciones específicas a los edificios, ciertas instalaciones complementarias, requisitos mínimos de personal y de su cualificación, etc.) en tanto que ello quede amparado por razones imperiosas de interés general y sea proporcionado. Pero no podrá la normativa autonómica imponer un control previo del cumplimiento de todas esas condiciones mediante autorización¹⁰. Las que sí se permiten son fundamentalmente las autorizaciones urbanísticas, ambientales y muy poco más.

Pero no sólo se va estrechando el cerco a las autorizaciones sino que la LGUM da un paso más y somete también a condiciones de necesidad, aunque más relajadas, el establecimiento de declaraciones responsables y de comunicaciones. A estos efectos, se rescata el concepto de razón imperiosa de interés general.

En concreto, el sometimiento a la condición de una declaración responsable es posible siempre que la actividad o instalación deba cumplir “requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general y sean proporcionados”. Las razones imperiosas de interés general, que antes podían justificar autorizaciones, son las que ahora pueden justificar declaraciones responsables. Aunque, para ser exactos, no se exige una razón imperiosa adicional para la declaración responsable sino que basta que exista un requisito material justificado por tales razones para que lo esté también esta declaración. Volviendo a nuestro ejemplo, sí que podría exigirse una declaración responsable sobre el cumplimiento de todos los requisitos impuestos a las residencias de la tercera edad.

Las comunicaciones, a las que no se califica de previas (pueden ser previas, simultáneas o posteriores), también quedan sometidas al principio de necesidad. Sólo caben, otra vez, “por alguna razón imperiosa de interés general”. Pero a su vez se añade que lo que tales razones han de reclamar para imponerlas es que “las autoridades precisen conocer el número de operadores económicos, las instalaciones o las infraestructuras físicas en el mercado”. No se tratará, parece, de un mero interés informativo o estadístico sino más bien de tener los datos mínimos e imprescindibles para poder ejercer el control y la inspección *a posteriori*¹¹.

10. Vid. A. EZQUERRA HUERVA, “Los servicios sociales a la luz de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, en M. J. ALONSO MAS (Dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014, p. 820. Ello salvo que se acoja un concepto amplísimo de las pocas razones que según la LGUM justifican las autorizaciones. Es esto lo que parece estar intentándose sobre todo sirviéndose de un concepto desbocado de orden público.

11. En ese sentido, J. J. PERNAS GARCÍA, “El principio de necesidad y de proporcionalidad en la Ley de Garantía de la unidad de Mercado”, en M. J. ALONSO MAS (Dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, Le Ley, Madrid, 2014, p. 461.

Lo explicado concuerda con lo plasmado en los Acuerdos de las Comisiones Bilaterales de Cooperación de la Administración del Estado con las del País Vasco y Galicia. En ambos casos

Más allá de los detalles y de las dudas que estos preceptos suscitan, lo importante es retener que el principio de necesidad extiende ahora su radio de influencia incluso sobre estas más modestas cargas formales que tras la Directiva de Servicios se presentaron como la alternativa suave a las autorizaciones y que, por tanto, también a este respecto se reducen las posibilidades de las leyes a las razones imperiosas determinadas por el legislador estatal.

Al igual que dijimos respecto al art. 5.1 LGUM, procede añadir aquí que todas las limitaciones del art. 17 LGUM a la imposición de autorizaciones, declaraciones y comunicaciones afectan especialmente a los legisladores autonómicos: claro está que un tratado internacional o cualquier normas de la Unión Europea puede prever autorizaciones sin tener que motivarlas en alguna de las razones seleccionadas por la LGUM; asimismo, el Estado podrá aprobar leyes que sometan actividades privadas a la obtención de una autorización sin que concurra algún de las razones del art. 17.1 LGUM o imponer declaraciones responsables o comunicaciones previas sin probar la justificación en alguna razón imperiosa de interés general. En sentido contrario, los entes locales no pueden someter *ex novo* una actividad a autorización ni siquiera aunque se trate de proteger proporcionalmente la más excelsa de esas razones imperiosas puesto que ello queda reservado a la ley. Así que, insisto, son las leyes autonómicas las que sobre todo sufren las consecuencias del art. 17 LGUM, destacadamente las de su apartado 1. Y, concluido esto, vuelve a surgir la pregunta de antes ¿cabe que el Estado determine por su cuenta y con el carácter abstracto con que aquí se hace las razones por las que las Comunidades pueden imponer autorizaciones incluso en materias de exclusiva competencia autonómica? Diré prudentemente que, como mínimo, arduo resultará justificar una respuesta afirmativa que sólo con piruetas arriesgadas podría encontrar sustento en el art. 149.1.1^a y 13^a CE. Y añadiré únicamente que una respuesta negativa ofrecen no sólo la doctrina¹² y

se dice: “El apartado 1 del art. 17 de la LGUM se interpretará en el sentido de que el mismo sólo rige para la exigencia de autorizaciones, de tal suerte que las razones imperiosas de interés general contenidas en el art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, justificarán las exigencias de presentación de declaraciones responsables o de comunicaciones previas, conforme prescriben los apartados 2 a 4 del referido art. 17 de la LGUM”. Tal vez, esto se desprenda tan claramente de la LGUM que pueda considerarse superflua esta interpretación en la que lo único novedoso es que habla precisamente de “comunicaciones previas”, cuando el art. 17.3 habla genéricamente de “comunicación”, incluyendo, por tanto, a las comunicaciones simultáneas y posteriores.

12. G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Unidad de mercado y libertades de empresa y circulación...”, cit., p. 129: “... parece más que dudoso que la LGUM se ajuste al orden constitucional de distribución de competencias por cuanto, según el reparto de las diversas materias, puede corresponder a las Comunidades Autónomas y no al Estado decidir sobre si las actividades quedan o no sujetas a autorización. Y, sin embargo, esa decisión queda ampliamente condicionada por el art. 17.1.a) y b) de la LGUM, al restringirse de manera anticipada las causas de necesidad que puedan legitimar o habilitar dicha decisión”.

varios consejos autonómicos¹³, sino que la apuntó el propio Consejo de Estado y sobre todo el voto particular de uno de sus Consejeros¹⁴.

3. *El principio de proporcionalidad*

El principio de proporcionalidad cumple funciones muy diferentes: es un principio que debe presidir toda la intervención administrativa en la actividad de los particulares, como ahora consagra el art. 39.1 LRJAP; condiciona también al legislador en cuanto restrinja derechos fundamentales; etc. Pero, además, ha sido siempre esencial para valorar si una medida, pese a ser un obstáculo a la libre circulación, resulta admisible y conforme a la unidad de mercado. Así, el Tribunal Constitucional considera contrarias al art. 139.2 CE las medidas que, aunque persigan una finalidad lícita, sean desproporcionadas. Y lo mismo aplica muy puntillosamente el Tribunal de Justicia respecto a las medidas que dificulten cualquiera de las libertades comunitarias de circulación. Esa proporcionalidad se descompone realmente en tres requisitos distintos que, aplicados a lo que nos ocupa, entrañan que la medida que alce una dificultad a la unidad de mercado sólo superará el test de proporcionalidad si, primero, es real y efectivamente adecuada para el logro de la finalidad perseguida (congruencia con los motivos y adecuación al fin); si, además, es la menos restrictiva de las libertades de circulación de entre las que podrían satisfacer la finalidad pretendida (necesidad en sentido propio o *favor libertatis*); y si, por último, existe un equilibrio razonable entre la ventaja que la medida comporta para la finalidad perseguida y la res-

13. Así, Dictamen 5/2014, de 14 de febrero, del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña.

14. Se trata del voto particular concurrente del Consejero Enrique Alonso García en el que afirma que el art. 17.1 LGUM “atenta muy gravemente tanto contra la autonomía constitucional de las Comunidades Autónomas como contra la lógica de la protección de múltiples bienes constitucionales...”. El art. 17 LGUM, dice, “en realidad es un absurdo jurídico, pero un absurdo que, además, es contrario a la Constitución...”. Después dice: “... atenta contra bienes constitucionales y suprime la autonomía constitucional”. Razona así: “... sin la más mínima justificación, y sin examinar ni remitir a decisiones casos por caso o sector a sector (...) a través del análisis reposado de si tiene o no sentido y es proporcional al fin del interés general perseguido mantener las actuales o futuras prohibiciones o al menos someterlas a autorizaciones, el art. 17.1 propuesto (igual que el final art. 17.1 LGUM) levanta miles de prohibiciones...”; porque mantiene la posibilidad de autorización “exclusivamente en cuanto se trate de salvaguardar cuatro de las razones imperiosas de interés general muy concretas (...) prohibiendo totalmente salvaguardar, mediante esa técnica jurídica, las otras doce razones imperiosas de interés general”. “Esta afirmación y mandato del art. 17.1 ... supone crear un mercado nacional, privando de competencias a las Comunidades Autónomas... Así pues, si en el mercado español se pretende que quienes tienen la competencia en esas doce áreas y que conforme al Derecho de la Unión podrían incluso adoptar medidas de prohibición ... no pueden someter las conductas de los operadores económicos que potencialmente atentan contra esos doce intereses generales a la técnica de la autorización, que es exactamente lo que dice el art. 17, el sistema es flagrantemente inconstitucional... Una norma general y abstracta que, como hace el art. 17, diga que queda prohibido someter a autorización actividades que atentan contra cualquiera de esos restantes doce principios, con independencia de su carencia total de sentido común, es, lisa y llanamente, inconstitucional...”.

tricción para la libertad de circulación que origina (proporcionalidad en sentido estricto).

Si siempre, en cualquiera de sus funciones, el principio de proporcionalidad comporta poner en relación dos variables, aquí esas variables son, de un lado, el beneficio de la medida para el interés general perseguido y, de otro, el perjuicio de la medida para la unidad de mercado, esto es, para la libertad de circulación. Pero también esto se transforma en la LGUM.

Así, según la LGUM, la primera variable ya no será el beneficio para cualquier interés general sino sólo para los comprendidos en las razones imperiosas de interés general, como ya sabemos. Y la segunda también es sorprendentemente alterada por el art. 5.2 LGUM en el que se comprueba que esta Ley está más preocupada por garantizar las libertades económicas que la unidad del mercado. No sólo porque someta a tal exigencia de proporcionalidad “cualquier límite o requisitos establecido conforme al apartado anterior” sin que importe mucho o poco que suponga una traba para la libre circulación sino porque curiosamente la severidad de la medida no se juzgará por la dificultad que erija a la unidad de mercado sino por la intensidad del límite a la libertad económica: “... habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica”. En suma, se somete a este juicio de proporcionalidad a cualquier limitación a las libertades económicas, no a las que dificulten la unidad de mercado, y se las valora no por la intensidad de su afectación a esa unidad sino por su incidencia en las libertades de empresa y de profesión. Aunque esto pueda parecer bien, lo que es seguro es que ya no es la proporcionalidad que exige la unidad de mercado sino, si acaso, la que requiere la libertad de empresa o, más ampliamente, las libertades económicas. Quizás pueda mantenerse que esta exigencia de proporcionalidad de las restricciones a las libertades económicas es deducible directamente de la Constitución, aunque no haya tenido hasta ahora una gran efectividad práctica, y que, por tanto, rige lo diga o no esta Ley y frente al mismo legislador estatal por imperativo constitucional, no por imposición de la LGUM. O tal vez se pueda sostener que es una novedad de la LGUM en cuyo caso supondría un freno para las Comunidades Autónomas y los entes locales –sobre todo, como ya razonábamos, para el legislador autonómico– y no para otras leyes estatales. Pero, sea de una forma o de otra, insisto, no es propiamente la proporcionalidad que reclama la unidad de mercado sino otra cosa.

Poco añaden los demás preceptos respecto al principio de proporcionalidad. Lo más significativo está otra vez en la regulación de los controles preventivos del art. 17 LGUM. Se reitera que el sometimiento a autorización, declaración responsable o comunicación, además de estar justificado por las razones que en cada caso se consideran legítimas, ha de ser proporcionado. Pero hay además específicos criterios de proporcionalidad. El más destacable es que sólo será proporcionada la sujeción a autorización cuando las concretas razones justificativas “no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación”, de modo que, como es lógico, se consideren medidas más suaves éstas que aquélla.

III. El principio de eficacia en todo el territorio nacional

1. *Las dos vertientes del principio*

Muchas de las novedades de la LGUM son consecuencia o concreción de lo que la Ley denomina “principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional”, que proclama su art. 6 y cuyo contenido y alcance remite a lo establecido en su Capítulo V, esto es, a sus arts. 19 y 20. Puede afirmarse, más en concreto, que el art. 19 LGUM se ocupa de la eficacia nacional de las normas de entes infraestatales (sobre todo de las Comunidades Autónomas) y que el art. 20 lo hace de la eficacia nacional de los controles administrativos previos realizados por esos mismos entes. Lo verdaderamente cardinal es lo que se consagra en el art. 19, y lo dispuesto en el art. 20 es más bien una consecuencia o, como máximo, un complemento.

2. *Eficacia nacional de las normas*

a) *Reconocimiento mutuo de las regulaciones y suficiencia del cumplimiento de la normativa del lugar de origen*

La eficacia nacional de las normas infraestatales, en especial, autonómicas, tal y como aparece en el art. 19 LGUM, es el equivalente interno a los principios europeos del reconocimiento mutuo y del país de origen, aunque en una versión extrema. Un reconocimiento mutuo que entraña que quien realice una actividad económica en cualquier lugar de España tiene abiertas las puertas a cualquier otro lugar del territorio nacional. El desconcertante rubro con el que se encabeza este art. 19 LGUM –“libre iniciativa económica en todo el territorio nacional”– da en realidad pistas certeras de lo que acaba significando y de lo que busca el legislador: el operador ya establecido en cualquier lugar de España tiene libertad económica en todo el territorio nacional. A partir del momento de su establecimiento inicial tiene libertad para elegir su ámbito espacial de actuación dentro de España.

Para los operadores económicos el principio de eficacia nacional de las normas supone que les basta cumplir con la normativa y con los requisitos del lugar de España en que estén establecidos (lugar de origen) para poder prestar sus servicios o vender sus mercancías en cualquier otra parte del territorio nacional, aunque no cumplan con la normativa o con los requisitos formales exigidos en el lugar de destino. Es justamente esto, y desde esa misma perspectiva, lo que proclaman los dos primeros apartados del art. 19 LGUM:

1. Desde el momento en que un operador económico esté legalmente establecido en un lugar del territorio español podrá ejercer su actividad económica en todo el territorio, mediante establecimiento físico o sin él, siempre que cumpla los requisitos de acceso a la actividad del lugar de origen...
2. 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.

Así que si el lugar de origen del operador económico es, por ejemplo, Cataluña, cumpliendo las normas de esa Comunidad Autónoma ese operador podrá vender productos o prestar servicios en cualquier otra Comunidad. El corolario es que no se puede exigir el cumplimiento de la normativa del lugar de destino ni ninguno de sus requisitos. Esta otra cara de la misma moneda la enuncia así el último apartado de ese art. 19:

3. Cuando conforme a la normativa del lugar de destino se exijan requisitos, cualificaciones, controles previos o garantías a los operadores económicos o a los bienes, distintos de los exigidos u obtenidos al amparo de la normativa del lugar de origen, la autoridad de destino asumirá la plena validez de estos últimos, aunque difieran en su alcance y cuantía...

Más que “asumir la plena validez”, lo que no se discute¹⁵, se trata de que las autoridades de destino han de asumir la eficacia en su territorio; o, mejor, han de asumir como suficiente para la comercialización de servicios y mercancías el cumplimiento de la normativa y los requisitos del lugar de origen, sin que pueda exigir ninguna otra condición material ni formal en virtud de su propia normativa. Es en ese sentido en el que se puede decir que la normativa del lugar de origen tendrán eficacia nacional; y en ese mismo sentido cabe afirmar también que, en tanto sea autonómica o local, tendrá una eficacia extraterritorial, es decir, más allá del espacio en que ejercen sus competencias los órganos que la aprobaron, hasta cubrir todo el territorio nacional. No es propiamente que rijan fuera de su territorio, pero sí que tendrán efectos jurídicos más allá de su territorio.

El mismo reconocimiento mutuo se da hasta cuando en la Comunidad de origen no haya ninguna regulación o la que haya no imponga ninguna restricción ni condición. Lo admite expresamente el apartado 1 *in fine* del mismo art. 19: la suficiencia del cumplimiento de la normativa del lugar de origen se da “... incluso cuando la actividad económica no esté sometida a requisitos en dicho lugar”; y lo reitera el último inciso del art. 19.3: “Asimismo, el libre ejercicio operará incluso cuando en la normativa del lugar de origen no se exija requisito, control, cualificación o garantía alguno”.

Casi huelga decir que la normativa del lugar de destino no se aplicará a ese operador foráneo aunque se trate de normas indistintamente aplicables a esos y a los operadores locales. Es más, ese será el supuesto ordinario. Una norma autonómica o municipal que estableciera condiciones específicas para los de fuera sería antes condenada por discriminatoria. Son las normas indistintamente

15. No es exactamente que no se discuta o no se pueda discutir su validez. Sobre eso no incide la LGUM y tras ella la autoridad de destino podrá eventualmente discutir la validez de las normas o de los actos de la de origen por medio de los recursos que procedan; es más, ahora podrá hacerlo con más razón que antes puesto que aquellas normas y aquellos actos de la autoridad de origen le van a afectar más. De hecho, en el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación de la Administración del Estado y del País Vasco se ha aclarado que “la asunción de la plena validez de los regímenes de acceso determinados por las autoridades de origen se entenderá sin perjuicio de que puedan ejercitarse todos los medios de impugnación oportunos conforme a Derecho”.

aplicables a todos, los de dentro y los de fuera, las que no se podrán oponer al operador ya establecido en otro lugar.

En suma, lo que se consagra es la suficiencia del cumplimiento de la normativa del lugar de origen (sobre todo, de la Comunidad de origen) y la imposibilidad de oponer al operador de fuera ningún requisito o condicionamiento fijado en las normas aprobadas por la autoridad del lugar de destino (sobre todo, de la Comunidad de destino).

b) No cabe exigir el cumplimiento de la normativa de destino ni siquiera por las más valiosas razones imperiosas de interés general

Es de destacar que, a diferencia de lo que sucede en la Unión Europea, este obligado reconocimiento mutuo entre los diversos entes, en particular, entre diversas Comunidades Autónomas, y la sujeción única a la regulación de la Comunidad de origen no admite excepciones basadas en ninguna razón imperiosa de interés general ni siquiera ante la prueba de que la legislación de origen no satisface el interés general en el nivel que la legislación de destino considera adecuado ni aunque se demuestre que la medida de esa autoridad de destino es necesaria y proporcionada para tal finalidad; ni siquiera aunque la norma de destino sea indistintamente aplicable a todos y aunque se pruebe que ni siquiera de hecho perjudica más a los de fuera. A este respecto, ni las razones imperiosas de interés general y ni alguna de las más cualificadas de ellas (p. ej., salud pública) permiten matización de ningún género.

Esto debe retenerse y enfatizarse: si antes, al analizar el principio de necesidad de la LGUM, ya notamos cómo se habían reducido las razones imperiosas de interés general y cómo se las había erigido en la única justificación de las restricciones a las libertades económicas, lo que de ninguna forma son en Europa, ahora vemos que en España se les niega la función que sí tienen allí, esto es, la de posible justificación de las trabas a la libre circulación derivadas de normas indistintamente aplicables. Obsérvese bien la diferencia, que no es menor: en Europa las razones imperiosas de interés general (o, las exigencias imperativas) no son necesarias para justificar límites a la libertad de empresa y de profesión pero en España, con la LGUM, sí; en Europa las razones imperiosas de interés general (o las exigencias imperativas) legitiman obstáculos a la libre circulación derivados de normas estatales indistintamente aplicables a nacionales y extranjeros comunitarios, pero en España ni ellas (ni siquiera alguna de ellas especialmente importantes, v. gr., salud pública) legitimarán obstáculos a la libre circulación derivadas de normas autonómicas indistintamente aplicables a los operadores de dentro y de fuera. Una vez más se comprueba que, con sonido parecido al del Derecho europeo, las soluciones de la LGUM son distintas y más radicales.

Además, debe notarse que la normativa de la Comunidad de destino, en virtud del previo principio de necesidad, sólo pudo imponer, incluso para sus propios operadores y productos, restricciones por razones imperiosas de interés general. Y, pese a ello, en virtud de este otro principio, no podrá oponerlas al operador o al producto de otra Comunidad. Así, en realidad, si este principio

de eficacia nacional admitiese excepciones por razones imperiosas de interés general sería ocioso por redundante porque ya se supone que las restricciones previstas por la regulación de destino están fundadas en ellas. Pero no deja de ser chocante la suma de los dos principios con el resultado de que no se puede exigir la observancia ni de normas que hay que suponer que sólo imponen lo imprescindible para preservar los intereses más valiosos.

c) *En especial, la suficiencia de cumplimiento de las normas de origen respecto a productos*

En cuanto a los productos, este principio de eficacia de las normas en todo el territorio nacional consagrado en la LGUM no tiene límites ni matizaciones. No sólo es que, a diferencia de lo que sucede en el Derecho de la Unión, no se admitan aquí excepciones por ninguna razón, como ya se ha explicado, sino que rige para todos los aspectos del producto: si una mercancía se ha elaborado, producido o fabricado conforme a la normativa de la Comunidad de origen, podrá ofertarse en cualquier otra Comunidad sin ninguna limitación y sin tener que hacer adaptación de ningún género para acomodarse a la normativa de ésta. Así se desprende del transcrito art. 19.2 LGUM que ni siquiera diferencia entre las condiciones materiales de la mercancía (requisitos del centro de producción, composición, formas de elaboración y conservación...) y las de presentación (denominación, envase, etiquetado, información, dimensión, peso, acondicionamiento...). Además, el precepto dice que el producto “podrá circular y ofertarse libremente” por lo que a la Comunidad Autónoma de destino no le cabe tampoco restringir los cauces y modalidades de distribución comercial (por ejemplo, no podrá prohibir su venta a domicilio o ambulante o exigir su comercialización en farmacias u otro establecimiento especializado o limitar su publicidad, o restringir su uso a profesionales, etc., aunque eso rija para sus propios productos)¹⁶. Parece, incluso, que esa libre circulación sólo está condicionada a que se haya producido legalmente en una Comunidad Autónoma, sin que se exija que haya llegado a comercializarse efectivamente en ella¹⁷.

16. En esto también se diferencia de la solución de la Unión Europea donde la regulación de las denominadas “modalidades de venta” tiene un régimen específico menos severo que el relativo a las condiciones de los productos. Vid. M. REBOLLO PUIG, “El mercado interior europeo y la ordenación estatal de comercio interior. En especial, la libre circulación de mercancías y la Directiva sobre prácticas comerciales”, en la obra colectiva dirigida por mí mismo *Regulación económica. IX. Comercio interior*, Iustel, Madrid, 2013, II, pp. 392 a 404. La LGUM, por el contrario, no permite de ninguna forma distinguir entre condiciones del producto y modalidades de venta.

17. Es otra diferencia con el Derecho europeo en el que, desde la Comunicación de la Comisión de 3 de octubre de 1980, no basta que el producto esté legalmente fabricado en el Estado de origen sino que es necesario también que “se comercialice en el territorio de este último”. Con lo cual se trata de evitar que se beneficien del reconocimiento mutuo las mercancías elaboradas en un Estado con la sola finalidad de venderlas en otros, freno que tampoco encuentra reflejo en el art. 19.2 LGUM. Parece insuficiente para salvar esta objeción el que este art. 19.2 termine condicionando la libre circulación del producto al “momento de su puesta en el mercado”.

Lo único que queda al margen del art. 19.2 LGUM son los productos que, aunque procedentes de una Comunidad Autónoma, no se hayan producido en ella sino en otro Estado, pero ello es

d) *En especial, la suficiencia de cumplimiento de las normas de origen respecto a actividades económicas; distinción entre acceso y desarrollo de la actividad*

Más obscuro es el ámbito de este principio en cuanto a las actividades económicas. Lo que sobre todo es dudoso es si se trata sólo de los requisitos de acceso a la actividad o si también incluye los requisitos de ejercicio de la actividad. El art. 6 LGUM habla de “libre acceso y ejercicio de la actividad”. El art. 19.1 LGUM se refiere concretamente a “los requisitos de acceso a la actividad”. Y en el apartado 3 del mismo art. 19 ya no se habla concretamente de requisitos de acceso sino de todos en general.

La interpretación que se ha acogido y se ha plasmado los Acuerdos de las Comisiones de Cooperación con el País Vasco y con Galicia es la que entiende que se trata sólo de los requisitos de acceso; o sea, que en cuanto a los requisitos y condicionantes de todo género relativos al ejercicio de la actividad sí sería oponible al operador foráneo la normativa del lugar de destino¹⁸. Démosla por buena, aunque la literalidad de los preceptos no es clara, entre otras razones porque seguramente es la interpretación más conforme con la Constitución. Por tanto, lo que domina la autoridad de origen son las condiciones de todo tipo (titulaciones profesionales, certificados, seguros, autorizaciones, etc.) para el acceso a la actividad, para la “iniciativa económica”, como dice el rubro del art. 19; y a ese respecto puede decidir con igual fuerza y efectos extraterritoriales no imponer ninguna. Pero cuando el operador preste servicios en otra Comunidad Autónoma, con o sin establecimiento, quedará sometido a la regulación de ésta (de la de la autoridad de destino) en cuanto al desarrollo de la actividad. Así, si la prestación de servicios de reparación de automóviles o de tintorería, por ejemplo, es desarrollada por una empresa navarra en Aragón, en el ejercicio de su actividad (así, entre otras cosas, deberes de información a los consumidores, vías de reclamación, etc.) quedará sometida a la normativa aragonesa, sin que la normativa de la autoridad de origen, la navarra en el ejemplo, le persiga como si fuese un fuero personal que le exime de la regulación del lugar de prestación (el de la autoridad de destino, en la terminología legal).

sólo porque se supone que si ese producto extranjero ya se comercializa legalmente en algún lugar de España es porque así lo ha permitido el Estado y no ninguna autoridad subestatal.

18. En el Acuerdo con el País Vasco se lee: “El inciso la autoridad de destino asumirá la plena validez de estos últimos contenido en el art. 19.3 de la LGUM, se entenderá en el sentido de que las autoridades de destino asumirán la plena validez de los requisitos, cualificaciones, controles previos o garantías exigidos por las autoridades de origen para *acceder a una determinada actividad* económica, sin que tal asunción alcance al *régimen de ejercicio* que las autoridades de destino establezcan en su territorio”. Exactamente lo mismo se dice en el Acuerdo con Galicia, donde además aparece esta otra aclaración: “... ambas partes coinciden en interpretar que la referencia del art. 19.3 a los requisitos, cualificaciones, controles previos, garantías o actuaciones administrativas exigidos conforme a la normativa del lugar de destino que sean distintos a los exigidos al amparo de la normativa del legal de origen, se refiere exclusivamente a aquellas que estén relacionadas con el *acceso a la actividad* y no a las condiciones de *ejercicio* establecidas por la autoridad de destino, siempre y cuando éstas se justifiquen por razones imperiosas de interés general y no resulten discriminatorias ...”. O sea que esa regulación de la autoridad de destino sobre el ejercicio de la actividad sí es exigible a condición de que respete los otros principios de la LGUM, esto es, los de necesidad (incluida, hay que entender, la proporcionalidad) e igualdad.

Aun así, muchas dudas subsisten. Por lo pronto, ni el art. 6 ni el 19 LGUM dejan claro que se estén refiriendo sólo a actividades de servicios, como parece más lógico, y no a todas las actividades económicas, incluyendo, por tanto, conforme al Anexo de la propia LGUM, hasta las de producción de bienes. Incluso suponiendo que se refiera únicamente a la prestación de servicios, el art. 19.1 permite al operador no ya simplemente prestarlos en otro lugar –en otra Comunidad Autónoma, para nuestros efectos– sino establecerse en él pues se dice que podrá ejercer su actividad “mediante establecimiento físico o sin él”. O sea, que no se distingue entre la pura libertad de prestación de servicios (sin establecimiento, ya sea con desplazamiento o sin él) y la libertad de establecimiento (que puede ser con filiales, sucursales...). Finalmente, será a veces difícil fijar la frontera entre condiciones de acceso y condiciones de ejercicio de la actividad. Piénsese, por ejemplo, en la actividad de enseñanza de idiomas. Quién ya realice legalmente esa actividad en una Comunidad Autónoma ¿podrá abrir academias libremente en cualquier otra? ¿Tendrá o no que cumplir las normas de la Comunidad de destino sobre las condiciones físicas de las academias, sobre medios pedagógicos, sobre ratio profesor/alumnos, sobre titulación del profesorado? O sea, ¿son ésas condiciones de acceso o condiciones de ejercicio? Y lo mismo podríamos decir de los gimnasios, de los centros de estética, de diversos servicios sociales... sin que la LGUM permita respuestas fáciles.

3. Eficacia nacional de los actos de control previo

a) La regla general

El principio de eficacia nacional de las normas del art. 19 LGUM encuentra su concreción y complemento en el art. 20 que consagra, según su tenor literal, la “eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas”. Este rótulo no es exacto sino sólo aproximativo.

Por lo pronto, la eficacia nacional que se predica sólo tiene interés para las Administraciones infraestatales, no para la estatal¹⁹. En realidad, sólo es novedosa para las actuaciones de las Administraciones autonómicas y locales.

Por otra parte, no se ocupa sólo de actuaciones propia y directamente administrativas sino también, aunque en ejercicio de funciones públicas o como complemento de ellas, de las realizadas por organismos privados de evaluación, acreditación, certificación y similares en tanto que actúen para una Administración infraestatal. Y asimismo se ocupa de actuaciones de los administrados como son las declaraciones responsables y las comunicaciones cuando se realizan ante una Administración infraestatal, sobre todo si se hace en cumplimiento de una norma igualmente infraestatal.

19. Cuando se trata de la Administración del Estado o de cualquiera de sus entes institucionales la eficacia en todo el territorio nacional va de suyo y se encarga de recordarla, acaso ociosamente y con condicionamientos que parecen superfluos, la disposición adicional primera de la misma LGUM.

Por último, aquí no se da eficacia nacional a cualquier actuación administrativa sino sólo a “los medios de intervención” que permitan el acceso a una actividad económica o su ejercicio o producir o comercializar ciertos bienes o servicios o contratar con el sector público u obtener subvenciones o beneficios fiscales. Y ello porque acrediten el cumplimiento de ciertas calidades, cualificaciones profesionales u otras circunstancias. Incluye desde luego prototípicamente a muchas autorizaciones o licencias, pero también a habilitaciones, certificaciones, acreditaciones, reconocimientos oficiales, inscripciones en registros..., además de las ya aludidas declaraciones responsables y comunicaciones realizadas por los mismos administrados. Están incluidos todos los medios de control previo exigidos para realizar actividades puramente privadas en ejercicio de la libertad de empresa o profesión, pero también algo más porque se alude expresamente a actos necesarios para contratar y para obtener ventajas públicas. Por tanto, en suma, se trata de la eficacia nacional sólo de ciertos actos favorables al operador, los que permitan el acceso a una actividad o su ejercicio; no de ningún acto desfavorable (por ejemplo, los que ordenen el cese en la actividad) ni siquiera de los que denieguen el acceso o ejercicio de la actividad que no impedirán hacerlo en otro lugar.

Es de los actos así acotados de los que se proclama su eficacia nacional lo que, en tanto que provienen de entes infraestatales, comporta conferir a todos esos actos eficacia extraterritorial, eficacia fuera del territorio del ente del que emanan –y eficacia, incluso, en su caso, más allá del ámbito de vigencia de la norma aplicada– hasta cubrir el de toda España²⁰.

Y esta eficacia extraterritorial y nacional de tales actos conduce derechamente, y es lo que en verdad se busca y es relevante, a que baste uno sólo de esos actos, el del lugar de origen. Al operador que ya cuente con ese acto favorable de la autoridad de origen no se le puede exigir ningún otro en ningún lugar de destino de España; es decir, la autoridad de destino –en especial, la de la Comunidad de destino en la que ese operador pretenda vender productos, acceder a una actividad, ejercerla, contratar con la Administración, etc.– no podrá exigir otro medio de intervención, otro control previo, aunque así esté previsto en la normativa que ella misma ha aprobado. Y esto se reitera hasta en tres ocasiones y en los términos más enérgicos en el art. 20: “... sin necesidad de que el operador económico realice ningún trámite adicional o cumpla nuevos requisitos...”; “... sin que pueda exigirse al operador ... otros trámites adicionales”; “... sin que pueda exigirse la realización de ningún trámite adicional...”. Es a esto a lo que se alude cuando se habla, como frecuentemente se ha hecho para presentar esta novedad de la LGUM, de “prohibición de doble autorización” o de la regla de “licencia única”, expresiones que, aunque gráficas, se quedan cortas para reflejar el verdadero alcance de la regla, como ahora se verá.

20. Vid., así, M. J. ALONSO MAS, “La eficacia de los títulos habilitantes en todo el territorio nacional y la aplicación de la regla del lugar de origen”, en la obra colectiva dirigida por la misma Profesora, *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 295 a 297.

Es una regla en sí misma relevante, casi revolucionaria en tanto que supone que una sola autorización –u otro medio de intervención– de una autoridad infraestatal sirve para toda España, no ya sólo cuando la normativa cuyo cumplimiento sea controlado con ella sea estatal, lo que es más fácil de admitir y ya se conocía antes²¹, sino también cuando la normativa es autonómica y distinta a la del resto de las Comunidades Autónomas.

Pero, a fuer de exactos, esta regla revolucionaria es sólo el resultado de la proclamación radical de la eficacia nacional de las normas del art. 19. Realmente, si el operador que ya actúa en una Comunidad conforme a las normas de ésta puede ejercer su actividad en otra Comunidad sin cumplir las normas de esta otra, no parece que tenga sentido que esta segunda condicione ese ejercicio a un control previo: o bien comprobaría el cumplimiento de lo mismo que ya ha acreditado ante la autoridad de origen, lo que sería disfuncional y hasta absurdo, o bien pretendería comprobar el cumplimiento de otros requisitos, los establecidos en su propia normativa, lo que no cabe porque, como sabemos, el operador no tiene que cumplir esos requisitos de la normativa del lugar de destino.

Pero ni con todo lo anterior se capta en su plenitud lo realmente consagrado porque no se prohíbe sólo el segundo control sino todo control de este género impuesto por la autoridad de destino aunque en el lugar de origen no se haya establecido ninguno de estos controles. Se deduce esto, más que del art. 20, del art. 19.3. Es allí donde queda claro que “incluso cuando en la normativa del lugar de origen no se exija ... control ... alguno”, tampoco lo puede exigir la autoridad de destino aunque su normativa imponga “controles previos”. O sea, que no se trata sólo de que no podrá pedirse una segunda autorización (o un segundo control previo) sino ni siquiera una primera: si la autoridad de origen decidió que no es necesario nada para realizar una actividad en su territorio, quien acceda a la actividad en éste la podrá realizar en cualquier parte de España sin ningún control previo. En este caso ni siquiera pueda hablarse de la eficacia nacional o de extraterritorialidad de la autorización o similar, ya que no la hay,

21. Con anterioridad a la LGUM ya se conocían supuestos en que la autorización de una Comunidad Autónoma tenía eficacia en toda España e impedía que otra Comunidad exigiera nueva autorización. Así, por ejemplo, para alimentos (STC 87/1985) o para productos de metrología (STC 100/1991). Pero se trataba de supuestos en los que, aunque la competencia ejecutiva –y, por tanto, la de otorgar o denegar la autorización– era autonómica, la normativa era estatal y, por tanto, todas las autorizaciones autonómicas controlaban lo mismo y reflejaban la superación de idénticos requisitos. Es lo mismo que se ha venido aceptando en Alemania cuando los actos del ente se producen en aplicación del Derecho de la Federación, como explican R. BOCANEGRA SIERRA y J. GARCÍA LUENGO, “Los actos administrativos transnacionales”, *RAP*, nº 177 (2008), pp. 28-29. Pero allí mismo, explican que, aunque ha habido algún intento doctrinal, se ha rechazado la “eficacia transterritorial de los actos administrativos” cuando no se trata de esa aplicación del Derecho de la Federación. Incluso cuando se trata de actos de eficacia transnacional la justificación suele estar en una previa armonización de la normativa aplicable (ibidem, p. 15). Igualmente C. PADRÓS REIG y J. M. MACÍAS CASTAÑO, “Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado”, *RAP*, nº 194 (2014), pp. 126-127, destacan que “la armonización de las exigencias esenciales es un prerequisite para el funcionamiento del reconocimiento” mutuo. Pero la novedad de la LGUM es imponer todo eso de la manera más extremosa y aun con normativas autonómicas que pueden ser muy distintas entre sí.

sino sencillamente de la eficacia nacional de la normativa que no impone ningún control previo. Todo esto se suma a las ya rigurosas limitaciones impuestas a los controles previos en virtud del principio de necesidad. Recuérdese que éste sólo admite que las Comunidades Autónomas sometan una actividad económica a autorización por algunas pocas razones imperiosas de interés general especialmente valiosas. Hay que presuponer, pues, que si la normativa de destino exige una autorización es porque así lo requieren ineludiblemente esas razones. Pero ni aun así se admitirá que se exija tal autorización a quien proviene de otro lugar en que no hubo de superar ningún control previo.

Y todavía hay más porque lo que se excluyen no son sólo los controles previos de la autoridad de destino sino, como machaconamente reitera el art. 20 LGUM, cualquier “trámite adicional”. Así que no cabe imponerle al operador ni un acto de la autoridad de destino por el que reconozca la eficacia del acto foráneo y ni tan siquiera un deber de mera comunicación puramente informativa para que la autoridad de destino sepa que en su territorio hay un nuevo operador, una comunicación de las que sí permite el principio de necesidad (arg. art. 17.3 LGUM) pero que en lo que ahora nos ocupa queda prohibida por este tajante principio de eficacia nacional. Si es que la autoridad de destino quiere esa información, habrá de recabarla de la de origen: para ello, los arts. 22 a 25 LGUM establecen medios jurídicos y técnicos para que fluya esa información. El problema es que podrá suceder que, en realidad, la autoridad de origen no tenga esa información porque no haya exigido a su operador ningún control previo para acceder a la actividad ni, desde luego, para pasar a operar en otro lugar.

Visto todo esto, se comprende que lo consagrado es mucho más que la eficacia nacional y extraterritorial de ciertos actos de entidades infraestatales: significa que cada una de ellas, al abrir las puertas en su propio territorio –incluso, si quiere, sin ningún control previo–, las abre también de par en par para todo el mercado nacional sin que en ningún lugar se pueda exigir nada más. E incluso cabe que el mismo operador vaya llamando sucesivamente a las distintas puertas –las de cada una de las diecisiete Comunidades Autónomas– sin que el que se le cierran en una impida que se le abran en otra, porque la eficacia nacional es sólo de los actos favorables, no de los denegatorios; y por esa puerta accederá incluso a la Comunidad que expresamente le negó la entrada.

b) Las excepciones

Las únicas tres excepciones a la prohibición de controles por parte de la autoridad de destino son las contenidas en el art. 20.4 LGUM. En parte, no son verdaderas excepciones sino una delimitación obvia de la regla²²: lo que la autoridad de origen consistió para su territorio y a lo único que, por tanto, se puede dar eficacia nacional es al acceso del operador a la actividad misma, a su ejercicio, no a otra cosa; y estas excepciones se refieren a otra cosa.

22. En parecido sentido G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Unidad de mercado y libertades...”, cit., p. 142.

No se consintió al operador, claro está, que utilice un espacio demanial sobre el que evidentemente no puede disponer la autoridad de origen, no ya porque ese espacio esté fuera de su territorio sino porque tendrá otra Administración titular que es la única que puede decidir sobre sus aprovechamientos privativos o especiales. Así que la excepción enunciada por el art. 20.4 LGUM, según la cual el principio de eficacia nacional no se aplicará “a los actos administrativos relacionados con la ocupación de un determinado dominio público” y que, por tanto, permite exigir en el lugar de destino concesiones o autorizaciones demaniales, no es siquiera una verdadera excepción sino una obviedad.

Algo similar puede decirse de la excepción relativa a las “autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones vinculadas a una concreta instalación o infraestructura física”. Sobre esa concreta instalación o infraestructura en el lugar de destino no se pronunció ni se pudo pronunciar la autoridad de origen por lo que, no es que se niegue a su actuación eficacia fuera de su territorio, sino que no se le da para aquello sobre lo que nada dijo. La autoridad de origen sólo permitió acceder y ejercer una actividad económica, no construir un edificio o hacer emisiones al suelo o alterar bienes del patrimonio histórico... y todo ello, como no podría ser de otra forma, explica que la autoridad de destino –que en este caso es más bien simplemente la autoridad del lugar en que se sitúa tal realidad física– someta esas actuaciones a autorización, comunicación o declaración responsable. Con ello no se está negando la eficacia extraterritorial a la decisión de la autoridad de origen sino ajustando tal eficacia a su verdadero contenido. La LGUM, que trata de evitar cualquier escape o tentación y parece resabiada de antemano, tiene la cautela de aclarar que ese control sí permitido a la autoridad de destino no puede aprovecharse para exigir y controlar requisitos no “ligados específicamente a la instalación o infraestructura”. Sirviéndonos de la clásica distinción entre autorizaciones reales, personales y mixtas, cabe decir que lo que la ley quiere es que esas autorizaciones de la autoridad de destino sean puramente reales sin convertirse en mixtas controlando también aspectos subjetivos del operador. Para estos subsiste intacta la prohibición de control de destino sin que la autorización de la infraestructura pueda servir de subterfugio para burlarla. Pese a todo, el alcance de esta excepción puede resultar problemático. Sin duda consiente autorizaciones urbanísticas, ambientales y similares. Pero es más discutible si permitirá controlar los requisitos físicos impuestos por la legislación sectorial de la actividad aprobada por la autoridad de destino (por ejemplo, los específicos de los gimnasios, las academias, las residencias de la tercera edad...) o si ello chocaría con la libertad “mediante establecimiento físico” que se proclama en el art. 19.1.

La última excepción se refiere a los casos en los que en el lugar de destino esté limitado el número de operadores “en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas”. Aquí sí que hay una verdadera excepción porque al operador que ya actúa en un lugar se le impide el ejercicio de esa misma actividad en otro: aunque pueda realizar tal actividad económica en el lugar de origen (porque allí es libre o porque cuenta con autorización o concesión de servicio público), sí podrá exigírsele un control o incluso un título específico (una autorización, una habilitación...) en el lugar de destino, título otorgado por la autoridad de destino que, desde luego, podrá denegar por diversas razo-

nes, entre ellas por el simple hecho de que ya hay operadores suficientes. Es, eso sí, una excepción lógica, inevitable. Sin ella se estaría negando toda posibilidad de declarar una actividad servicio público o, al menos, se estarían mermando parte de sus consecuencias posibles. En particular, concuerda con la posibilidad de reservar al sector público servicios esenciales que consagra el art. 128.2 CE, posibilidad que en general se entiende conferida no sólo al Estado sino a las Comunidades Autónomas en materias de su competencia. Si esto se acepta, hay que entender que esta excepción del art. 20.4 LGUM rige no sólo en los casos de servicios públicos declarados como tales por el Estado y regulados por él sino también en los que declarasen y regulasen las Comunidades Autónomas que de esa forma sí podrían alzar una barrera a la eficacia nacional de los actos de las otras.

4. Consecuencias del principio de eficacia nacional

Evidentemente el primer efecto del principio radical de eficacia nacional acogido por la LGUM –en realidad, según se ha explicado, de la suma de un extremo reconocimiento mutuo y predominio de la autoridad de origen– es el de lograr en grado máximo la libre circulación y, en suma, la unidad de mercado. Pero conviene detenerse en lo que podríamos llamar, como en las medicinas, sus efectos secundarios.

El principio de eficacia nacional propicia de inmediato, para empezar, una cierta desigualdad entre los operadores económicos según su lugar de origen, una desigualdad en sus condiciones de acceso y en los consiguientes costes pese a la cual habrán de concurrir y competir en el mismo mercado y por una misma demanda²³. Se verá favorecido aquél que acceda a la actividad en el lugar de España en que menos requisitos se exijan. Sería, cabría decir, una especie de versión española del célebre “fontanero polaco” que en su momento se convirtió en referencia permanente en los debates sobre la Directiva de Servicios; versión, desde luego, mucho más moderada porque las diferencias normativas entre unas y otras partes del territorio nacional siempre serán muy inferiores a la que existe entre los distintos Estado de la Unión Europea. Las muchas competencias

23. Ya lo destacó Informe del CGPJ sobre el anteproyecto: la ley “puede dar lugar a situaciones de desigualdad material entre operadores económicos que realicen una misma actividad en un mismo territorio”, p. 52. Y en ello ha insistido la doctrina. Vid. G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Unidad de mercado y libertades...”, cit., p. 140; M. J. ALONSO MAS, “La eficacia de los títulos...”, cit., pp. 303 y 305, que habla de un “riesgo de discriminación inversa”. En la situación anterior, la diversidad normativa entre Comunidades Autónomas propiciaba la posibilidad de que quienes operasen en dos Comunidades Autónomas estuvieran sometidos a condiciones de acceso distintas. Pero si, aunque con diferente lugar de origen, acaban por operar en la misma Comunidad, quedaban sujetos a idénticas condiciones, las impuestas por esa Comunidad, que no podía hacer distingos (art. 139.1 CE). Por tanto, concurrían en esa Comunidad en igualdad. Sólo se producían desigualdades en su lucha competitiva en la medida en que los consumidores, usuarios y potenciales clientes de todo género pudieran desplazarse de una Comunidad a otra o, incluso sin desplazamiento, pudieran adquirir bienes y servicios en otra Comunidad. En cambio, ahora, con la LGUM, competirán en la misma Comunidad operadores que pueden haber tenido condiciones de acceso muy diversas según su lugar de origen.

estatales sobre materias capitales (v. gr., sobre Derecho del trabajo, mercantil, financiero, seguridad social) hacen que las diferencias que puedan existir entre las diversas Comunidades Autónomas sean menores y menos relevantes que las que puede haber entre, por ejemplo, Polonia y Suecia. Pero, aun reconociéndolo así, sí que, aunque con menores márgenes, se origina una cierta diferencia entre competidores.

Casi consustancial a lo anterior será la tendencia de los operadores económicos a trasladarse a la Comunidad Autónoma cuya normativa sea menos exigente. Puesto que con su acceso a la actividad en cualquier lugar del territorio nacional se asegurarán igual mercado, el de toda España, propenderán con toda lógica a hacerlo allí donde menos requisitos se les exijan y huirán de cualquier otro en que se les impongan condiciones más severas lo que, además, comportará de ordinario incurrir en mayores costes. O sea que se potencia la conocida “deslocalización” a la búsqueda de la legislación más laxa, menos estricta²⁴. Quizás pueda decirse, para describirlo de forma idílica, que el operador irá a la búsqueda de la regulación menos formalista, menos burocrática, más ágil... pero también será a veces –incluso muchas veces– la menos protectora de los intereses generales concernidos.

Pero seguramente lo anterior –desigualdad y deslocalización a la búsqueda de la regulación menos gravosa– no sean más que efectos transitorios. Pero efectos transitorios, cabe temer, que no presagian nada bueno y que a la postre, más pronto que tarde, conducirán a restablecer la igualdad y a frenar la deslocalización pero gracias a una uniformidad regulatoria poco exigente. Para comprobarlo, analicemos ahora sus efectos sobre las competencias de los entes territoriales, destacadamente sobre las de las Comunidades Autónomas, que es lo que aquí prioritariamente nos incumbe.

Con este drástico principio de eficacia nacional las Comunidades Autónomas no pierden ninguna competencia. Para aquello que la tuvieran, podrán seguir aprobando las normas correspondientes sobre acceso a cualquier actividad económica. Más todavía, no sólo conservan íntegra su titularidad sino que tampoco encuentran en este principio ningún nuevo condicionante o límite material a su ejercicio; es decir, que no sólo podrán seguir aprobando esas normas sino que el principio de eficacia nacional no merma su posibilidad de hacerlo en el sentido que quieran y, por tanto, en el de optar por garantizar los intereses generales en el nivel y en la forma que quieran; un nivel tan elevado y una forma tan rigurosa como estimen conveniente. Competencia normativa y libertad para ejercerla que queda incólume incluso para someter una actividad a la necesidad de autorización u otro control previo. Es el principio de necesidad el que sí le impone esos límites. Pero con el de eficacia nacional que ahora analizamos ni pierden competencias ni libertad en su ejercicio. Hasta podría decirse en sentido contrario que ganan algo porque, con la misma competencia, al ejercerla en un

24. A este respecto M. J. ALONSO MAS, “La eficacia de los títulos...”, cit., pp. 304-305, recuerda que según la STC 96/2002, “toda medida que ... fomente el traslado de empresas incidirá lógicamente en la libertad de circulación y, por tanto, en la libertad de empresa”, y ello le lleva a afirmar que “aunque resulte una paradoja, la aplicación a rajatabla del criterio de la normativa de origen puede incidir de forma negativa sobre la libre circulación”.

sentido o en otro, influirán sin freno, más allá de su territorio, en toda España. O sea, que todas deciden la forma y el grado de protección de los intereses generales en el resto de Comunidades. Así, si la Rioja tiene competencia para regular, por ejemplo, los requisitos que permitan ejercer de agente de la propiedad inmobiliaria o de gestor administrativo, podrá seguir aprobando la correspondiente normativa con total libertad y, además, al hacerlo estará determinando no sólo los necesarios para acceder por primera vez a tales actividades en su territorio sino para después ejercerlas en toda España, incluso mediante establecimiento físico.

Pero si formalmente es así, materialmente las cosas serán muy distintas porque esa regulación de una Comunidad Autónoma que exija elevados requisitos resultará inútil y hasta contraproducente para los intereses generales que le conciernen. En primer lugar, será inútil porque en su territorio también podrán vender y actuar, aunque no los cumplan, los operadores establecidos en otras Comunidades Autónomas que impongan menos requisitos o ninguno; o sea, que no conseguirá ni remotamente garantizar a sus ciudadanos el nivel de protección que pretendía con su normativa. Sólo logrará someter a los operadores localizados en su territorio, incluso cuando vendan todos sus productos y servicios en otros territorios. Volviendo a nuestro ejemplo, la Comunidad riojana podrá conseguir que los agentes de la propiedad inmobiliaria que accedan a tal actividad en la Rioja sean los mejor preparados de España, los que ofrezcan mejor asesoramiento, los que además hayan de constituir mayores garantías..., pero con ello no impedirá que ejerzan en su propio territorio los que hayan accedido a esa misma actividad en cualquier otra Comunidad Autónoma sin que se les exija ninguno de esos requisitos. Cada Comunidad Autónoma queda a merced de lo que se decida en las restantes. Y, en segundo lugar, será incluso contraproducente porque lo que sí conseguirá es espantar a los operadores económicos que, como antes se dijo, buscarán y preferirán establecerse en la Comunidad Autónoma más cómoda y menos costosa con la que se asegurarán por igual el mercado nacional completo, incluido el de esa Comunidad Autónoma tan escrupulosa. Volviendo de nuevo al ejemplo, incluso para ejercer en la Rioja, mejor elegir como lugar y autoridad de origen otra Comunidad Autónoma. Por tanto, todo induce a que esa Comunidad rebaje sus exigencias con lo que tendrá satisfechos a sus operadores, atraerá a otros y no perjudicará más a sus consumidores y usuarios. Naturalmente, esto tendrá efectos en cadena y cada Comunidad Autónoma irá sucesivamente rebajando sus exigencias a medida que lo vayan haciendo las demás, todas en una carrera frenética hacia la desregulación, carrera en la que triunfará la que cuanto antes acabe por no exigir nada²⁵. Puestos a alabar la competencia, lo que nos encontramos es con la competencia entre reguladores que rivalizarán por ofrecer la puerta más grande y más fácil al mismo mercado. Así, el peligro de la “nivelación por abajo”, del que tantas veces se ha hablado en la Unión Europea, encuentra aquí un nuevo campo, pero con una diferencia: en el Derecho europeo el Estado de destino sí puede oponer su normativa indistintamente aplicable a sus nacionales y a los operadores de otros

25. Vid., J. TORNOS MAS, “La Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado: una reforma discutible”, cit., que habló de “*dumping* regulatorio”.

Estados miembros cuando demuestre que ello responde a razones imperiosas de interés general o exigencias imperativas, incluso porque ha optado por proteger el interés general en un grado superior al del Estado de origen; sin embargo, una Comunidad Autónoma no podrá alegar nunca ninguna razón para exigir los requisitos de su normativa ni aunque pruebe cumplidamente que la normativa de la Comunidad de origen, acaso por esa tendencia a la baja que la LGUM propicia, no es suficiente para garantizar en el nivel adecuado el interés general pues, recuérdese, la LGUM no admite a este respecto excepciones por ninguna razón.

Desde luego, si la LGUM busca como un bien la desregulación, puede decirse que por esta vía la estimula con inusitado vigor. Con su principio de necesidad la impone directamente en gran medida; con su principio de eficacia nacional la fomenta más allá de lo que la impone aquél. No puede negársele su congruencia y su habilidad: logra reforzar la unidad de mercado con la máxima desregulación o liberalización de las actividades económicas; o, quizás, logra esto con el pretexto de aquello.

A la larga, si el panorama legislativo que ofrezca la suma de las diversas normativas autonómicas en su pendiente desreguladora se juzga insuficiente para asegurar un adecuado nivel de protección de determinado interés público, la solución habrá de encontrarse en una regulación común, que habrá de ser estatal, salvo que la suministren las instituciones europeas. El fenómeno no es nuevo. No, desde luego, en la Unión Europea, donde Reglamentos y Directivas, pese a que allí el reconocimiento mutuo admite muchas más excepciones, se han convertido en la forma de garantizar una elevada protección de los consumidores o del medio ambiente, por sólo citar dos materias especialmente relevantes. Ahora, con este principio de eficacia nacional consagrado en la LGUM, se podrá reproducir a escala y con matices el mismo proceso: en la medida en que el Estado pueda invocar algún título de competencias, será él quien pueda imponer un mínimo común normativo que servirá además como mínima protección del interés general tutelado, como el mínimo que frenará esa deriva hacia la protección a la baja la que se conduce a las Comunidades Autónomas. Será entonces normal que se reclame esa regulación estatal que, en este nuevo contexto, será recibida con júbilo como la salvación de los intereses generales en peligro. Dicho de otra forma, el sistema de la LGUM tiene como efecto remoto una potenciación de la legislación estatal y un acicate para que el Estado se sirva de todos sus títulos competenciales (incluido el de las leyes de armonización, si no hay otro) con la finalidad de penetrar en todas las materias cuyo dominio corresponde, en principio, a las Comunidades Autónomas y salvar así lo que éstas, por su permeabilidad a las regulaciones de las demás y por su lucha en la captación de operadores, ya no podrán salvaguardar por sí solas.