

REFLEXIONES SOBRE LA GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

REFLECTIONS ON THE WARRANTY OF THE MARKET UNIT IN THE SPANISH LEGAL ORDER

ENRIQUE BARRERO RODRÍGUEZ*
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

RESUMEN: La Constitución española no consagra expresamente el principio de unidad de mercado, pero este ha sido sentado en nuestro ordenamiento jurídico merced a la labor interpretativa del Tribunal Constitucional. No obstante, este principio plantea no pocas tensiones y conflictos derivadas de la articulación del Estado español como Estado complejo territorialmente. En el presente estudio se analiza el contenido de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado, exponiendo sus principios fundamentales y los problemas que planteará su aplicación.

ABSTRACT: *The Spanish Constitution does not explicitly enshrine the principle of unity of the market, but this has been sitting in our legal system thanks to the interpretative work of the Constitutional Court. However, this principle poses considerable tension and conflicts arising from the joint Spanish state as geographically complex state. In the present study the contents of Law 20/2013, Assurance Market Unit setting forth its basic principles and its application will pose problems discussed.*

PALABRAS CLAVE: Ley, mercado, unidad.

KEY WORDS: *Law, market, unity.*

* Profesor titular de Derecho Mercantil, Universidad de Sevilla. Correo electrónico: ebarrero@us.es. Correo postal: Facultad de Derecho Universidad de Sevilla, Campus Ramón y Cajal, C/ Enramadilla 18-20 CP 41018- Sevilla, España.

I. PLANTEAMIENTO

Tal y como declara el Preámbulo de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado¹ (en adelante y, por lo general, LGUM) el principio de unidad de mercado tiene su reflejo o encuentra supuestamente su asiento constitucional en el artículo 139 de la Constitución española, conforme al cual todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado y ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español². Esta Ley avanza en el proceso iniciado con la transposición al Ordenamiento jurídico español de la Directiva 2006/123, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior; Directiva que pretendió, conforme a su *Considerando* segundo, eliminar el gran número de barreras existentes en el mercado interior que impedían a los prestadores, en particular a las pequeñas y medianas empresas (PYMES), extender sus operaciones más allá de sus fronteras nacionales y beneficiarse plenamente del mercado interior.

Como indica LEÓN SANZ F.J. la Constitución española reconoce y garantiza la legitimidad de la autonomía política. El bloque de constitucionalidad establece las competencias originarias que corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas. El ejercicio de estas competencias se ha de hacer por el Estado y las Comunidades Autónomas de forma que se promuevan y se garanticen los derechos fundamentales de los ciudadanos en el conjunto del Estado, también, naturalmente, el de la libre iniciativa económica. Los Estados descentralizados como el español conjugan, pues, la descentralización político-territorial con la unidad de mercado en el conjunto del territorio del Estado³, lo cual plantea no pocas tensiones y conflictos internos que demandan el establecimiento de un adecuado sistema de reparto de competencias⁴.

El Tribunal Constitucional español se manifestó tempranamente sobre la importancia y el valor del principio de unidad de mercado; sin embargo, tales pronunciamientos constitucionales no vinieron refrendados por una ley que, con carácter general, acometiera el propósito de implantar dicho principio de manera generalizada en el ordenamiento jurídico español, quizá por las dificultades consustanciales a la complejidad de la articulación territorial del Estado español y por la certeza de que dicha hipotética Ley habría de producir no pocas tensiones y conflictos en su aplicación como, de hecho, está produciendo desde su aprobación la Ley 20/2013 con diversos recursos de inconstitucionalidad planteados contra diversos preceptos de su articulado por algunas Comunidades autónomas algunos de los cuales han sido muy recientemente resueltos por alguna Sentencia del Tribunal Constitucional español, como es el caso de la 79/2017, de 22 de junio. Durante las primeras décadas de vigencia de la Constitución española no se sintió, por tanto, la necesidad de una Ley que regulara la unidad de mercado, de manera que fue el Tribunal Constitucional el que fue fijando la extensión y alcance de este principio.

Conceptual y terminológicamente, el Tribunal Constitucional español ha distinguido tradicionalmente entre dos conceptos que, pese a su indudable conexión y a estar inequívocamente emparentados, resultan diferentes en lo sustancial: la *unidad*, a la que el Diccionario de la Lengua Española define en la primera de sus acepciones como la “propiedad de todo ser en virtud de la

¹ BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013.

² Señala DE LA CUESTA RUTE, J.M. (“El Código mercantil y el principio de unidad de mercado” en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 57) que lo primero que hay que decir, con toda la doctrina por lo demás, es que en la Constitución no se encuentra expresamente formulado un “principio de unidad de mercado”, pero que también se señala, y con apoyo en el Tribunal Constitucional, que el principio está implícito o es subyacente al texto de la Constitución y que en dicho principio se quiere encontrar un límite al poder que las Comunidades Autónomas pueden ejercer sobre las materias de carácter económico. A juicio de este autor resulta comprensible que la Constitución no aluda a la unidad de mercado por la obviedad de que el espacio en que se desenvuelven sus procesos interiores es único y se extiende hasta donde alcanza la jurisdicción del Estado nacional.

³ LEÓN SANZ, F.J. “La garantía de la unidad de mercado” en ICE, marzo-abril de 2013, núm. 871, pp. 35 y 36.

⁴ Sobre esta cuestión *vid.*, en sus aspectos generales y atinentes al ámbito jurídico privado, DIAZ MORENO, A. “El derecho mercantil en el marco del sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas” en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, I, Madrid, 1996, pp. 227-272.

cual no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere”, y la *uniformidad*, definida, por su parte, como la cualidad de lo uniforme predicable de las cosas que tienen la misma forma. La conclusión es que el mercado debe ser único, pero no necesariamente uniforme. La unidad, en otros términos, no impone ni obliga a una homologación absoluta y resulta compatible con la diversidad de regímenes jurídicos y con las competencias autonómicas en la materia. A la unidad se opone, en suma y simplemente, la división y la fragmentación que, a juicio del Preámbulo de la Ley 20/2013, “*dificulta la competencia efectiva e impide aprovechar las economías de escala que ofrece operar en un mercado de mayores dimensiones, lo que desincentiva la inversión y, en definitiva, reduce la productividad, la competitividad, el crecimiento económico y el empleo, con el importante coste económico que supone en términos de prosperidad, empleo y bienestar de los ciudadanos*”⁵.

Ahora bien, la aprobación de la Ley distó mucho de resultar pacífica, de manera que desde el mismo momento de su aprobación se produjeron reacciones adversas. MARC CARRILLO, por ejemplo, en artículo publicado en el diario *El País* de 11 de marzo de 2014 la tildó de disposición de carácter liberalizador y esencialmente desreguladora de la actividad económica⁶. Esta ley establecía en su redacción originaria el llamado principio de “eficacia en todo el territorio nacional” sobre el que ha venido a pronunciarse el Tribunal Constitucional en la recientísima Sentencia citada y que, *grosso modo*, significaba que desde el momento en el que una empresa estuviera legalmente establecida en el territorio español podría ejercer su actividad económica en todo el territorio siempre que cumpliera los requisitos de acceso a la actividad que estableciera la Administración de origen. Si bien el objetivo de la ley era facilitar la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos sus detractores argumentaban que lo cierto era que la consecuencia más probable era la de una competencia a la baja entre las comunidades autónomas para atraer la instalación de empresas en su territorio, ofreciendo condiciones menos exigentes para desarrollar la actividad en todo el Estado y sin controles posteriores. En el ámbito competencial, esta normativa de mínimos supondría la neutralización de aquellas competencias autonómicas que fueran más rigurosas a la hora de autorizar determinadas actividades económicas al objeto de proteger, por ejemplo, la salud, el medioambiente o los derechos de los consumidores. Esta denuncia del exagerado liberalismo de la Ley y su afán vorazmente desregulatorio, que habría llegado en su ejecución a sobrepasar incluso la propia dinámica del Derecho europeo en la construcción del Mercado Interior, constituyó una constante en los detractores y críticos de esta normativa. Por ello, desde la aprobación de esta Ley se plantearon interesadas dudas sobre su propia constitucionalidad, en la medida en que un texto de estas características podría incidir presuntamente en competencias autonómicas. Pues bien, la Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2017, de 22 de junio, ha anulado los artículos que la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado dedicaba al principio de eficacia en todo el territorio nacional y ha declarado igualmente inconstitucional la suspensión automática de los actos y disposiciones de las comunidades autónomas recurridos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el marco del nuevo proceso contencioso-administrativo introducido por la Ley.

II. PRESUPUESTO. LA UNIDAD DE MERCADO: UN CONCEPTO PARTICULARMENTE COMPLEJO

Los autores suelen convenir más o menos pacíficamente en la validez y oportunidad del concepto de mercado aportado por la ciencia económica, conforme al cual el mercado puede definirse como el ámbito o escenario en el que tiene lugar la confluencia entre la oferta y la demanda de los productos o servicios, ámbito que abarca una extensión geográfica o territorial determinada. Conviene precisar que esta noción, generalizadamente admitida, alude a una dimensión *objetiva* del

⁵ MUÑOZ MACHADO, S. “Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado”, *REDA*, núm. 163, 2014, pp. 11 y 16, 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”.

⁶ “Crisis y centralización del Estado”, *Diario El País* de 11 de marzo de 2014. Particularmente crítico con este artículo se muestra ALFARO ÁGUILA-REAL, J. en la entrada de su blog sobre Derecho mercantil “Unidad de mercado y competencias autonómicas”.

mercado, pues cuando se alude al mercado como conjunto de compradores reales o potenciales de un producto, cuando se afirma, por ejemplo, que un determinado producto tiene *mercado*, se está recurriendo a una dimensión subjetiva del concepto.

Una primera dificultad consustancial al concepto de unidad de mercado es que el mercado, como hemos puesto de manifiesto anteriormente, resulta una noción extraordinariamente flexible, de manera que no resulta posible concebir un mercado inamovible o dotado de permanente estabilidad, sino que el mercado se extenderá a diferentes ámbitos o extensiones potenciales, a demarcaciones geográficas diversas, por lo que puede, en consecuencia, hablarse tanto de mercados a nivel local (municipales, por ejemplo), regionales, autonómicos, nacionales o, llegado el caso, internacionales. El concepto de mercado, por tanto, resulta por definición poliédrico y existe una particular dificultad a la hora de formular una concepción unitaria, por su potencialidad integradora de muy diversos escenarios geográficos y espaciales.

Como ha señalado la doctrina “*el mercado tiene a la vez algo de artificial y real. Es un concepto esencialmente económico. Pero, al mismo tiempo, el mercado es la expresión de una realidad fáctica, cual es el intercambio de bienes y servicios, que necesita constantemente, por razones muy diversas, respuestas jurídicas. En el mundo conviven mercados ancestrales donde la economía funciona aún sobre la base del trueque –bienes o servicios a cambio de otros bienes o servicios– con mercados altamente sofisticados. Junto con el mercado globalizado o internacionalizado siguen existiendo mercados locales, regionales y nacionales*”⁷.

Huelga decir que la unidad de mercado que aspira a implantar la Ley 20/2013 que comentamos se refiere, obviamente, al mercado nacional español y que su necesidad viene determinada por las exigencias consustanciales a la compleja articulación territorial del Estado español y, en definitiva por esa “fuerza centrífuga” latente que parece caracterizar a la Nación española y a la que ha aludido lúcidamente la doctrina administrativista⁸.

A esta ductilidad de la noción de mercado debe añadirse que disponemos de muy escasos elementos normativos que puedan arrojar alguna luz en la labor de establecer un concepto de mercado. Las numerosas Leyes que, en casi todos los órdenes y niveles, contemplan el fenómeno del mercado desde diferentes perspectivas, parecen presupuestar dicho concepto de mercado, pero no descienden a formular una interpretación auténtica del mismo. Ello es así en casi todos los sectores aludidos del ordenamiento jurídico en los que la noción de mercado aparece involucrada y que cuentan, además, con respectivas adjetivaciones de este concepto circunstanciadas a las necesidades de sus disciplinas respectivas (piénsese en expresiones como las de *mercado laboral* o *mercado financiero*). Cabe sostener de esta manera que el Derecho en su conjunto muestra una relativa indiferencia a la hora de establecer un concepto de mercado y se muestra en este apartado conforme con las conclusiones generales elaboradas por la ciencia económica.

Siguiendo esta línea generalizada, la Constitución española tampoco aporta ni formula una noción de mercado, de manera que quizá la referencia más nítida a la misma sea la que se halla ubicada en su artículo 38 al establecer la libertad de empresa *en el marco de la economía de mercado*, pero este artículo, como la mayoría de los que integran la que ha dado en denominarse Constitución económica, se caracteriza por su relativa vaguedad, cuando no flexibilidad e indeterminación, en tanto aspira a diseñar básicamente una Constitución económica abierta y no constreñida ni subsumible en un modelo económico inmutable y fijo. Pese a esta dificultad el art. 38 de la Constitución, al acoger expresamente aunque sin desarrollo ulterior el concepto de mercado, resulta iluminador

⁷ ALBIEZ DOHRMANN, K. J. “Mercado interior, contrato y derecho de la competencia”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, enero-junio de 2006.

⁸ MUÑOZ MACHADO, S. *El problema de la vertebración del Estado en España (Del siglo XVIII al siglo XXI)*, Iustel, Madrid, 2006, p. 14.

y clarifica la intención última de la Ley que comentamos sobre garantía de la unidad de mercado, dado que si el mercado se erige en el marco ideal de referencia para el ejercicio de la libertad de empresa y en el escenario o ámbito por definición para la actividad de los diferentes operadores económicos, la aspiración a la unidad de mercado no puede tener otra intención que no sea la de fortalecer dicho marco en beneficio de los propios agentes económicos y remover, en consecuencia, los obstáculos o trabas que puedan limitar dicha libertad. Por tanto y desde esta perspectiva, la Ley, en último término, se justifica más en el principio de libertad de empresa que en las propias exigencias de la unidad de mercado⁹.

De todo ello deducimos que el principio de libertad de empresa resulta verdaderamente relevante y decisivo para la comprensión del concepto de mercado. Como afirma DE LA CUESTA RUTE J.M. una correcta noción del mercado no puede dejar de considerar al empresario o sujeto que es quien ejerce el derecho a la libertad de empresa. Mercado y empresario están en relación de circularidad o, si se prefiere, entre el empresario y el mercado se da una interacción cibernética¹⁰.

Tampoco en el ámbito propiamente mercantil existen disposiciones normativas que contribuyan a esclarecer el concepto de mercado. Las Leyes integrantes del Derecho de la competencia, que constituyen el sector normativo que en mayor medida ha venido a abanderar la presunta configuración del moderno Derecho mercantil como Derecho del mercado, presupuestan esta noción pero no se detienen en divagaciones teóricas sobre su concepto. Así sucede en las Leyes 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. La presencia del mercado a lo largo de estas leyes resulta realmente abrumadora. La primera de ellas prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del *mercado nacional*, así como la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. La segunda, por su parte, declara tener como objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el *mercado*.

Como antes adelantábamos, este par de leyes competenciales se han erigido en uno de los recursos más recurrentes de la doctrina mercantilista para sostener esa nueva delimitación conceptual del Derecho mercantil como Derecho del mercado. A juicio de OLIVENCIA M. la legislación española posterior a la Constitución Española muestra el desbordamiento de la materia mercantil más allá de la delimitación marcada por el criterio de la empresa hasta el extremo de que la empresa no sirve ya como criterio calificador de la materia mercantil porque en el ámbito del mercado no solo entran las empresas. El régimen de la libre competencia, básico en las economías de mercado, no afecta solo a las empresas, sino a los actos que se realicen en el mercado, sean o no empresarios los sujetos agentes y pacientes¹¹.

La Constitución española no ha establecido, por tanto, de una manera directa y explícita el principio de unidad de mercado, a diferencia de otros principios rectores de la política social y económica. Señala OLIVENCIA a este respecto que “*elegido así como clave del sistema económico constitucional el principio de economía de mercado, resulta curioso que la CE no haya formulado de manera expresa dos principios que parecen corolarios de aquél: el de libre competencia y el de*

⁹ Resulta, por ello, particularmente llamativo que el comienzo del Preámbulo de la Ley aluda al reflejo de la unidad de mercado en el art. 139 de la Constitución en lugar de referirse al artículo 38. Solo más tarde se refiere el Preámbulo al artículo 38 al indicar “*Así pues, partiendo del artículo 38 de la Constitución Española, que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado debiendo los poderes públicos garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general, esta reforma constituye un elemento central del objetivo del establecimiento de un entorno económico y regulatorio que favorezca el emprendimiento, la expansión empresarial, la actividad económica y la inversión, en beneficio de los destinatarios de bienes y servicios, operadores económicos y de los consumidores y usuarios*”.

¹⁰ Op. cit., p. 54.

¹¹ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo, la Lección 1ª. Sobre el concepto de la asignatura. Discurso leído en la solemne apertura del Curso Académico 1999-2000 en la Universidad de Sevilla*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, p. 32.

*unidad de mercado. Fundamentales ambos, no han encontrado formulación explícita en el texto constitucional, aunque sí en legislación posterior y en la jurisprudencia del TC*¹²”.

Ahora bien, a efectos prácticos y operativos la unidad de mercado se encuentra instrumentalmente relacionada de una manera decisiva con la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia mercantil establecida en el artículo 149.1.6° de la Constitución española. Este precepto constitucional plantea diferentes cuestiones interpretativas, dado que se hace necesario, como vuelve a indicar OLIVENCIA, “*delimitar con precisión la materia mercantil para impedir que en ella incida con golpes de fractura un Derecho privado emanado de las Comunidades Autónomas*”¹³. Y en dicha tarea de delimitación una de las conclusiones fundamentales ha sido la de que la materia atribuida a la competencia del Estado de manera exclusiva es el Derecho privado, no el público, de la materia mercantil, de manera que toda la actividad de ordenación pública de la economía queda, en principio, al margen de la expresión legislación mercantil del art. 149.1.6° y se ubica, en consecuencia, al margen de la regla de atribución de competencias que comporta¹⁴. El Tribunal Constitucional ha declarado en este sentido en su Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre, que cualquiera que sea la materia regulada por la legislación mercantil “*habrá de incluir en todo caso la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales*”.

III. LOS PRINCIPIOS DE GARANTÍA DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

Dentro de las disposiciones generales de la Ley ubicadas en el Capítulo primero el artículo 1.2 declara como premisa básica que la unidad de mercado se fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica. Lo cierto es que la dicción literal del precepto resulta un tanto equívoca y eleva al rango de fundamento de la unidad de mercado lo que parecen, más bien, ser consecuencias de la misma, pues consecuencia de la unidad de mercado resulta la deseable igualdad con la que los operadores económicos deben acometer el ejercicio de su actividad, más allá de la perniciosa fragmentación que expresamente deplora el preámbulo de la Ley.

Con independencia de esta cuestión terminológica, cabe destacar que la Ley no innova en la formulación de estos principios, sino que parte del ya suficientemente consolidado acervo comunitario, en el que las libertades de establecimiento y circulación constituyen conceptos sobradamente asentados y conocidos. *La libertad de establecimiento* puede ser concebida como el derecho particular gestado y amparado a nivel comunitario (y recogido en los artículos 49 y 54 del TFUE –con anterioridad en los arts. 43 y 48 del TCE–) conforme al cual se aspira a amparar el ejercicio, por parte de un sujeto económico comunitario, de una actividad económica con carácter independiente y de modo permanente en el territorio de un Estado miembro distinto del de su nacionalidad originaria. Igualmente, y muy especialmente en el ámbito societario, la libertad de establecimiento puede implicar que las entidades constituidas de acuerdo con la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre en la Unión Europea puedan ejercer su actividad dentro de la misma mediante sucursales o filiales en otros Estados miembros y que éstos sean tratados en igualdad de condiciones con respecto a las sociedades autóctonas. El mismo concepto de unidad de mercado presenta un acentuado y marcado matiz europeísta¹⁵. El citado Preámbulo de la Ley reconoce expresamente la interferencia del De-

¹² *Ibid.* p. 29.

¹³ *Ibid.* p. 31.

¹⁴ En este sentido, DIAZ MORENO, A. op. cit., pp. 234 a 241.

¹⁵ Sobre dicho matiz *vid.* FERNÁNDEZ LIESA, C.R. “Notas sobre la unidad de mercado en perspectiva internacional y europea” en *Cuadernos de Derecho transnacional*, octubre de 2014, vol. 6°, núm. 2, pp. 343 a 350.

recho europeo en la literalidad y en los principios de su articulado al declarar que en la elaboración de la Ley se ha tenido en cuenta la experiencia recabada durante el proceso de transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, también conocida como «Directiva de Servicios», proceso en el que se incorporaron al ordenamiento jurídico español, a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, una serie de principios básicos para la libre circulación, en especial el principio de eficacia nacional de los medios de intervención administrativa.

Ahora bien, a diferencia del proceso de construcción del Mercado Interior de la Unión Europea que se ha desarrollado a lo largo de los últimos veinte años, afirma el propio Preámbulo de la Ley de garantía de la unidad de mercado, esta norma pretende garantizar la unidad del mercado nacional español cuya existencia es ya una premisa básica de partida de la Constitución Española, evitando o minimizando las distorsiones que puedan derivarse de la organización administrativa territorial del Estado español.

Una vez declarados como fundamentos de la unidad de mercado los principios de libre circulación y de establecimiento la Ley consagra su Capítulo II al establecimiento de los que denomina “principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación”. De nuevo se debe poner de manifiesto que la ley incurre en este caso en una formulación larga y excesivamente perifrástica, pues si libre circulación y establecimiento de los operadores económicos son el fundamento de la unidad de mercado hubiera resultado más corto y expresivo, con algo menos de complejidad terminológica, agrupar a estos principios con una denominación alternativa, como la de “principios protectores de la unidad de mercado” o “principios de defensa de la unidad de mercado”.

Como señala LOZANO CUTANDA B. la Ley enuncia una serie de principios generales de la actividad económica, dirigidos a servir de guía a los operadores jurídicos en la interpretación y aplicación de las normas de liberalización y unificación del mercado que introduce, pero la mayoría de dichos principios no hacen sino reiterar y concretar para los operadores económicos algunos de los ya contenidos en la Ley 30/1992¹⁶. Procede a continuación, por tanto, un análisis singularizado de los principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación establecidos por la Ley.

1. Principio de no discriminación

Formulado por el artículo 3 de la Ley, constituye un principio de nuevo cuño que, conforme a la opinión de la doctrina, constituye una de las novedades más relevantes de la Ley. Es necesario matizar que la verdadera novedad viene constituida por la formulación y la acogida positiva de dicho principio, pues la noción de igualdad y su inequívoca relación con la unidad del mercado habían venido siendo barajadas por el Tribunal Constitucional en algunos de sus pronunciamientos más relevantes sobre la unidad de mercado. En efecto, el TC había considerado que “*la efectiva unicidad del orden económico nacional requiere la existencia de un mercado único y que la unidad de mercado descansa, a su vez (como han señalado las SSTC 96/1984 y 88/1986), sobre dos supuestos irreductibles: la libre circulación de bienes y personas por todo el territorio español, que ninguna autoridad podrá obstaculizar directa o indirectamente (art. 139.2 CE), y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts 139.1 y 149.1.1.ª CE), sin los cuales no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone*” (Sentencia 64/1990).

¹⁶ LOZANO CUTANDA, B., “Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado: las diez reformas clave”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pp. 157 a 166.

Establece el artículo 3 de la Ley que “1. Todos los operadores económicos tendrán los mismos derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes, sin discriminación alguna por razón del lugar de residencia o establecimiento” y que “2. Ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico”.

Partiendo de la literalidad de la norma se puede glosar su contenido realizando una serie de observaciones.

En primer lugar, cabe destacar que se ha producido una depuración o intensificación del alcance del principio de igualdad y no discriminación en relación con la unidad de mercado. Efectivamente, y tal y como advertido la doctrina, la formulación positiva del principio incorpora un salto cualitativo o, si se quiere, un importante avance respecto de los términos con los que el Tribunal Constitucional se refería a la igualdad como fundamento de la unidad de mercado¹⁷. El Alto Tribunal refería la igualdad a las *condiciones básicas para el ejercicio de la actividad económica*, en tanto que el artículo 3 de la Ley se refiere expresamente a que los operadores económicos tendrán los *mismos derechos* en todo el territorio nacional sin que quepa, en consecuencia, discriminación alguna por razón del lugar de residencia o establecimiento. Puede, pues, afirmarse, que se ha producido un desplazamiento desde lo objetivo, las condiciones básicas para el ejercicio de la actividad económica, hacia lo subjetivo, los propios operadores económicos y sus derechos, en cuanto a la delimitación de la igualdad y de la no discriminación. En otros términos, cabe destacar que la Ley realiza un proceso de subjetivización de este principio de igualdad al referirlo expresamente a los derechos de los operadores económicos.

En segundo lugar, merece la pena destacar igualmente que la enumeración de conductas potencialmente discriminatorias resulta particularmente amplia, pues la Ley prohíbe no solo las disposiciones de carácter general, sino también las actuaciones administrativas o normas de calidad referidas al acceso o al ejercicio de actividades económicas que puedan contener condiciones o requisitos que produzcan el efecto directo o indirecto de discriminar por razón del establecimiento o la residencia del operador económico. Con ello se dibuja un espectro potencialmente amplio y se establece una norma destinada a actuar como dique de contención frente a conductas de la Administración que puedan derivar en el resultado discriminatorio expresamente proscrito por la Ley.

En tercer lugar debemos destacar que el artículo 18.2 de la Ley, ubicado en el Capítulo IV que establece las garantías al libre establecimiento y circulación, particulariza algunas de las conductas que se consideran actuaciones limitativas de dichas libertades y reputa tales los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos, basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador. Entre estos requisitos se incluyen, en particular: a) que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio; b) que el operador haya residido u operado durante un determinado periodo de tiempo en dicho territorio; c) que el operador haya estado inscrito en registros de dicho territorio; d) que su personal, los que ostenten la propiedad o los miembros de los órganos de administración, control o gobierno residan en dicho territorio o reúnan condiciones que directa o indirectamente discriminen a las personas procedentes de otros lugares del territorio; e) que el operador deba realizar un curso de formación dentro del territorio de la autoridad competente.

¹⁷ LOZANO CUTANDA, B. *ibid.*, p. 158.

2. Principio de cooperación y confianza mutua. En particular, el Consejo para la Unidad de Mercado

El artículo 4 de la Ley de garantía de la unidad de mercado establece como segundo de los principios garantes de la libertad de establecimiento y de circulación los principios de cooperación y confianza mutua. Conforme a este artículo “*Con el fin de garantizar la aplicación uniforme de los principios recogidos en este Capítulo y la supervisión adecuada de los operadores económicos, las autoridades competentes cooperarán en el marco de los instrumentos establecidos en el Capítulo III de esta Ley. Las autoridades competentes, en sus relaciones, actuarán de acuerdo con el principio de confianza mutua, respetando el ejercicio legítimo por otras autoridades de sus competencias, reconociendo sus actuaciones y ponderando en el ejercicio de competencias propias la totalidad de intereses públicos implicados y el respeto a la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos y a la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio nacional*”.

Como afirma VICENTE RUIZ M.D.¹⁸ la descentralización territorial conlleva que, en el ejercicio de sus legítimas competencias, los tres niveles territoriales de administración, estatal, autonómico y local, hayan ejercido su competencia regulatoria, aunque con distinta intensidad (el poder legislativo solo es predicable respecto del ámbito estatal y autonómico) y esto ha ocasionado una fragmentación del mercado nacional al crear, desde las distintas regulaciones de las actividades económicas, barreras de entrada a los mercados locales y limitaciones a la libre competencia por exceso y disparidad de normas jurídicas aplicables a la actividad económica; lo que ha afectado negativamente a la competitividad de la economía española. Señala el Tribunal Constitucional al respecto que “*dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo no cabe deducir de la Constitución que, en todo caso, corresponda a cada una de ellas un derecho o facultad que le permita ejercer las competencias que le son propias en régimen de estricta y absoluta separación. Por el contrario, la unidad misma del sistema en su conjunto, en el que diferentes entidades autónomas se integran, así como el principio de eficacia administrativa (art. 103 CE) que debe predicarse no solo de cada Administración Pública, sino del entero entramado de los servicios públicos, permiten, cuando no imponen, al legislador establecer fórmulas y cauces de relación entre unas y otras Administraciones locales y de todas ellas con el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que para la gestión de sus intereses respectivos les correspondan*” (STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 2).

En realidad y desde el punto de vista de los principios, la Ley de garantía de la unidad de mercado no hace sino particularizar y adaptar al ámbito concreto de las autoridades competentes concernidas en el mercado las reglas sobre cooperación dispuestas en el artículo 4 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, norma que obliga a las Administraciones públicas a actuar y relacionarse de acuerdo con el principio de lealtad institucional respetando, en consecuencia, el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias, ponderando en el ejercicio de las competencias propias la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones, facilitando a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias y prestando, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias.

Cooperación y confianza mutua son, pues, principios tan conceptual e íntimamente emparentados que cabría calificarlos como *siameses*, y que presentan, por lo demás y tal y como advierte la doctrina¹⁹, una doble dimensión. La cooperación, en su dimensión positiva, permite articular la actividad común entre varias administraciones facilitando el ejercicio de las competencias propias

¹⁸ “La necesaria cooperación administrativa para hacer efectiva la unidad de mercado”, ICE, marzo-abril de 2013, núm. 871, p. 99.

¹⁹ VICENTE RUIZ, M.D., *ibid.* p. 101.

de cada administración, y, en su dimensión negativa, permite no obstaculizar el ejercicio de competencias ajenas. Por otra parte, el principio de confianza mutua exige no solo respetar el ejercicio legítimo de las competencias del resto de administraciones sino también reconocer la plena eficacia de su actuación, evitando interferencias. Se trata de una traslación al Derecho público del principio general de buena fe sobre el que pivota el Derecho privado, tal y como recoge el artículo 7 del Código Civil como norma supletoria general.

Tal y como hemos expuesto anteriormente, el artículo 4 de la Ley ubica la deseable cooperación de las autoridades competentes en el marco de los instrumentos previstos en el Capítulo III de la propia Ley. Destaca de entre tales instrumentos la creación por el artículo 10 del denominado Consejo para la Unidad de Mercado cuyas funciones quedan explicitadas en el propio precepto y en el Reglamento de funcionamiento interno del Consejo.

En concreto, el artículo 4 de dicho Reglamento dispone que el Consejo desempeñará las siguientes funciones que le atribuye el artículo 10 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre: a) Seguimiento de la adaptación de la normativa del conjunto de las autoridades competentes a los principios de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre. b) Impulso de los cambios normativos necesarios para la eliminación de obstáculos a la unidad de mercado en los marcos jurídicos correspondientes. c) Seguimiento de los mecanismos de cooperación establecidos en dicha Ley, en particular, del sistema de intercambio de información y la efectiva integración de registros sectoriales. d) Coordinación de la actividad desarrollada por las conferencias sectoriales en materia de unidad de mercado. e) Seguimiento de los mecanismos de protección de los operadores económicos previstos en el Capítulo VII de dicha Ley, así como de sus resultados. f) Aprobación del informe a que se refiere la letra f) del artículo 11 de dicha Ley. g) Impulso de las tareas de cooperación en la elaboración de proyectos normativos establecidas en el artículo 14 de dicha Ley. h) Impulso y revisión de los resultados de la evaluación periódica de la normativa a que se refiere el artículo 15 de dicha Ley.

La Ley completa el cuadro administrativo del Consejo para la Unidad de Mercado con la previsión en su artículo 11 de la Secretaría del Consejo para la unidad de Mercado, a la que se le atribuyen las siguientes funciones: a) Supervisión continua de la aplicación de la Ley y de la adaptación de la normativa del conjunto de las autoridades competentes; b) Análisis y evaluación de la situación de la unidad de mercado en el territorio nacional; c) Elaboración de un catálogo de buenas y malas prácticas que tienen efectos sobre la unidad de mercado, que será aprobado por el Consejo para la Unidad de Mercado; d) Elaboración y difusión de indicadores de calidad normativa respecto a la unidad de mercado y su impacto económico; e) Gestión de los mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la unidad de mercado en el marco de lo previsto en el Capítulo VII de esta Ley; f) Elaboración de un informe de carácter semestral sobre las letras anteriores con conclusiones y, en su caso, recomendaciones para la revisión o reforma de marcos jurídicos g) Articulación de acciones de cooperación y actividades conjuntas entre autoridades competentes.

3. Principios de necesidad y proporcionalidad

Señala REBOLLO PUIG M. que el artículo 5 de la Ley de garantía de la unidad de mercado, al formular los principios de necesidad y proporcionalidad²⁰ de las actuaciones de las autoridades competentes contiene un precepto clave sobre el que no se ha reparado suficientemente y comporta el límite más general y riguroso a los poderes públicos infraestatales²¹. A juicio del citado

²⁰ Sobre este principio *vid.*, con carácter general, PERNAS GARCÍA, J.J. "Principio de necesidad y de proporcionalidad en la Ley de Garantía de Unidad de Mercado" en *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, María José Alonso Mas (dir.), 2014, pp. 417-466.

²¹ REBOLLO PUIG, M. "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" artículo publicado como documento en la página del *Instituto de Derecho público de Barcelona*, idpbarcelona.net/docs/intranets/unidadmercado_2014.docx, p. 5.

autor, tras este precepto subyace una configuración radical del principio de libertad de empresa. Y es que, en efecto, conforme al artículo 5 de la Ley “1. *Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. 2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica*”.

Establece la norma, por lo tanto, invirtiendo su formulación sintáctica, que solo podrán establecerse por parte de las autoridades competentes límites al acceso o al ejercicio de las actividades económicas (lo que es tanto como decir al núcleo duro de los derechos o facultades integrantes de la libertad de empresa consagrada con carácter general en el artículo 38 de la Constitución) por razones imperiosas de interés general²². Es precisamente esta adjetivación, *imperiosas*, la que constituye, a mi juicio, el elemento más llamativo del precepto, pues con ella se nos viene a decir, en buena lógica, que ni siquiera resultan suficientes razones de interés general para la limitación de la libertad de empresa, sino que dichas razones han de ser *imperiosas*, fuertes e ineludibles, necesarias o urgentes, por utilizar los sinónimos con los que el Diccionario de la Lengua define la voz imperiosa.

En otras palabras, tal y como indica REBOLLO PUIG M. “*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 precisamente 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*”²³.

Ahora bien, si la adjetivación *imperiosa* resulta enfática y potencialmente restrictiva, la interpretación auténtica del concepto realizada por el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, al que remite expresamente la Ley de garantía de la unidad de mercado, es extraordinariamente laxa, flexible y amplia. Conforme a dicho artículo se entiende por “Razón imperiosa de interés general” toda razón definida e interpretada (por) la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas (a) 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.

La lista resulta extraordinariamente amplia y potencialmente abarcadora de múltiples supuestos, por eso llama en parte la atención y tiene razón REBOLLO PUIG cuando afirma que, aunque amplia, es mucho lo que queda fuera de esta lista, entre otras cosas 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, pero además quedan también razones insitas 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

²² La dicción literal del artículo resulta extraordinariamente enfática y solemne: al aludir a que las administraciones “motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general”.

²³ REBOLLO PUIG, M. *ibid.*, p. 6.

pequeños empresarios o de la artesanía o de las cooperativas a la integración de los discapacitados o de personas en riesgo de exclusión social²⁴.

Lo establecido en el artículo 5 de la Ley debe ser puesto en relación con los artículos 16 y 17. El artículo 16, bajo la rúbrica de “libre iniciativa económica” establece que “*el acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y solo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales*”²⁵.

El art. 17 LGUM establece los criterios que permiten determinar que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia respectiva de una autorización, declaración responsable o comunicación. Se trata de un elemento realmente esencial del entramado normativo de la Ley. Esta determinación de los casos que dan lugar a que se entienda concurren las circunstancias (por ser *necesario y proporcionado*) para que se pueda exigir al operador una autorización, declaración responsable o comunicación se completa con la enumeración en el artículo 18 de las actuaciones que atentan contra las libertades de establecimiento y circulación. En todo caso, no resulta permitida la exigencia cumulativa o sucesiva de varios tipos de intervención por parte de la autoridad competente puesto que el art. 17.4 LGUM dispone que ello es incompatible al ser preciso que el principio de necesidad y proporcionalidad dé cobertura a un único medio de intervención, ya sea la autorización, la declaración responsable o la comunicación, pero únicamente resulta posible imponer una de ellas.

El marco normativo establecido por la Ley puede resumirse del siguiente modo:

a) Exigencia de autorización: El art. 17.1 LGUM establece los casos en los que se considera que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad hasta el punto que la autoridad competente puede exigir al operador económico una autorización, definida en el Anexo de la Ley como “*cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija a un operador económico con carácter previo para el acceso a una actividad económica o su ejercicio*”. Puede imponerse un régimen de autorización cuando con la presentación de una *declaración responsable* o de una *comunicación* no fuera suficiente por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, por ser las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado o cuando así lo disponga la normativa de la Unión Europea o tratados y convenios internacionales, incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución. El propio art. 17.1 LGUM dispone que las inscripciones en registros con carácter habilitante tendrán a todos los efectos el carácter de autorización;

²⁴ REBOLLO PUIG, M. *ibidem*.

²⁵ En realidad, la lectura de este artículo, complementario del artículo 5, arroja bastante luz sobre el sentido y el significado de dicho precepto. Sostiene REBOLLO PUIG M. (*ibid.* p. 8) que el art. 5.1 LGUM 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 ejercicio”. Se evidencia aquí y alcanza su máxima potencia, a juicio de este autor el propósito desregulador que luce en la Exposición de Motivos de la LGUM. También FERNÁNDEZ FARRERES, G. “Unidad de mercado y libertades de empresa y circulación...”, *REDA*, núm. 163, 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”.

b) Exigencia de declaración responsable: El art. 17.2 LGUM enuncia los supuestos en los que, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, se puede imponer al operador jurídico una declaración responsable. El art. 3 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, define declaración responsable como “*el documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional en el que declara, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante la vigencia de la actividad*”. Los casos previstos en la Ley que permiten exigir para el acceso o ejercicio de una actividad económica o para las instalaciones en el que se realicen se reducen a aquellos en que la normativa correspondiente así lo exija y ello sea debido al cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general;

c) Exigencia de comunicación: El art. 17.3 LGUM, por último, contempla la posibilidad de exigir al operador la presentación de una comunicación, para lo cual se exige la existencia de alguna razón imperiosa de interés general por la que resulte preciso conocer el número de operadores económicos, las instalaciones o las infraestructuras físicas en el mercado.

El principio de necesidad, por lo tanto, no puede concebirse aisladamente y sin referencia a la libertad de empresa pues es la libertad en el ejercicio de las actividades económicas la que determina que la excepcionalidad de la intervención tenga que encontrar su fundamento en razones que la justifiquen y que, además, guarden la debida proporción con el interés público que motiva esta exigencia.

Los *principios de necesidad y proporcionalidad deben ser* entendidos como los instrumentos que permiten determinar la regla general de la intervención mínima y las causas que, excepcionalmente, permiten el establecimiento de un régimen de autorización y que da lugar a la concreta instrumentalización de este principio en cuanto a la determinación en los casos en los que se entiende que cabe la exigencia de una autorización así como los supuestos (actuaciones) que pueden ser considerados limitaciones a las libertades de establecimiento y circulación²⁶.

Sentado el principio general de que el establecimiento de límites al libre ejercicio de actividades económicas debe estar fundamentado en razones imperiosas de interés general, el art. 5.2 adiciona el principio de proporcionalidad al establecer que “*cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica*”. En relación con la consagración de este principio por la Ley podemos realizar algunas observaciones:

a) La exigencia de proporcionalidad se predica e impone en el precepto a cualquier límite o requisito que se establezca en relación con el ejercicio de las actividades económicas. El principio de proporcionalidad complementa, pues, al de necesidad, fundiéndose operativamente en su mecánica y funcionamiento en un binomio inescindible, e imponiendo la exigencia de que los límites al ejercicio de las actividades económicas resulten no solo *necesarios*, sino también *proporcionados*, lo que implica tanto como decir justos y ecuanímenes en su extensión, sin exceder leoninamente de la razón imperiosa de interés público que motiva su existencia.

En otros términos, es la preteritoriedad y urgencia de la razón la que determina –o debe determinar– la extensión del límite. El Diccionario de la Lengua define la proporcionalidad como “*la conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí*”. Huelga decir que lo que este precepto demanda es la conformidad a la que alude tras la disyuntiva en su segundo

²⁶ En este sentido, FUERTES LÓPEZ, J. “Unidad de mercado y actividad administrativa. Una aproximación a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado”, *Revista de Derecho Local*, 1 de diciembre de 2013, www.elderecho.com.

inciso: la conformidad de las cosas relacionadas entre sí que son, en este caso el límite o requisito que se establezca y la razón imperiosa de interés general invocada. Ello conduce a la conclusión de que habrá de realizarse, por tanto, un juicio de ponderación ubicando en la balanza dos elementos fundamentales, el límite establecido y la razón imperiosa de interés general que lo motiva, para determinar que aquél se acomoda en extensión y contenido a esta, pues ponderar es tanto como tomar en consideración simultáneamente exigencias, sopesar y valorar criterios o medir el peso de razones²⁷. Como indica REBOLLO PUIG 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 mercado²⁸.

b) Naturalmente, el principio de proporcionalidad no ha sido creado ni alumbrado por la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado; antes bien, constituye un principio clásico del Derecho administrativo²⁹. La doctrina ha puesto de manifiesto que su gestación y formulación depurada resultan relativamente recientes, pero que, de una manera u otra, la aspiración a la proporcionalidad entronca con razones de equidad y justicia material y estaría presente en nuestros ancestros desde la Antigüedad. Ha existido, en consecuencia, lo que bien podríamos denominar una evolución o tránsito desde la simple regla de la proporcionalidad, de naturaleza más intuitiva y extrajurídica, al principio de proporcionalidad, tránsito en el que han resultado particularmente relevantes tanto la doctrina como la jurisprudencia³⁰. Esta última ha afirmado, por ejemplo, que el principio constituye el enlace entre el finalismo del acto y su causa y los presupuestos de hecho que lo determinan³¹ y que coadyuva a la aplicación flexible y equitativa de la normativa aplicable³². Incluso algunas Sentencias han llegado a proclamar su condición de principio general del Derecho con invocación de constante jurisprudencia en tal sentido³³.

c) Aun cuando no lo establezca expresamente ni lo consagre de manera autónoma, dado que el artículo 5 de la Ley solo menciona los principios de necesidad y proporcionalidad, podría interpretarse sin forzar demasiado la argumentación que el artículo 5 establece otro principio de forma implícita o subrepticia, como sería el principio de excepcionalidad de los límites. Los límites, por tanto, no solo habrán de ser necesarios y proporcionados, sino excepcionales, casi valdría decir que residuales, como fácilmente se desprende de la dicción literal del precepto al afirmar que cualquier límite o requisito debe ser tal “*que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica*”. La fijación de límites o requisitos solo resultaría posible conforme a los dictados de la Ley en todos aquellos supuestos en los que no existiera alguna alternativa válida.

4. Principios de simplificación de cargas y transparencia

El artículo 7 de la Ley establece que “*la intervención de las distintas autoridades competentes garantizará que no genera un exceso de regulación o duplicidades y que la concurrencia de varias autoridades en un procedimiento no implica mayores cargas administrativas para el operador que las que se generarían con la intervención de una única autoridad*”.

²⁷ Así, L. ARROYO JIMÉNEZ, “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”, en *InDret*, mayo de 2009, p. 4.

²⁸ REBOLLO PUIG, M. cit., p. 13.

²⁹ BARRERO GONZÁLEZ E. afirma que el principio de proporcionalidad constituye, en realidad, una concreta manifestación del principio de libertad, toda vez que si la intromisión de la Administración en la esfera de derechos e intereses de los particulares requiere, por definición, una expresa habilitación del ordenamiento y una justificación objetiva, inspirada en el interés público, la proporción entre los fines perseguidos y las medidas adoptadas garantiza el máximo margen de libertad particular que el interés público consiente y, con ello, la racionalidad de la acción administrativa, evitando la desconexión arbitraria entre fines y medios (*La obra jurídica del Magistrado Ángel Martín del Burgo*. Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 2006, p. 93).

³⁰ Sobre este principio *vid.*, con carácter general, J.I. LÓPEZ GONZÁLEZ, *El principio general de proporcionalidad en Derecho administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988 y los artículos dedicados a dicho principio en *Cuadernos de Derecho público*, núm. 5, septiembre-diciembre de 1998.

³¹ Sentencia del TS de 10 de julio de 1984, Aranzadi 5577.

³² Sentencia del TS de 10 de mayo de 1983, Aranzadi 2923.

³³ Sentencia del TS de 26 de diciembre de 1984, Aranzadi 6726.

Este precepto establece el principio de simplificación de cargas dentro del capítulo segundo como medida garantista de las libertades de establecimiento y de circulación y, en último término, mecanismo orientado a la preservación de la unidad de mercado. Se trata, como puede deducirse fácilmente, de que la libertad de mercado no sea vea constreñida ni ahogada por una burocracia estéril y desproporcionada o una intervención de las autoridades competentes que no esté inspirada en la agilidad que precisa el mercado y las relaciones económicas que se desarrollan en él.

Lo cierto es que aunque este principio se formule y establezca de manera independiente en el articulado de la Ley está indudablemente relacionado con otros. Así, la simplificación de cargas se relacionaba igualmente con el principio de licencia comercial única que constituía uno de los ejes vertebradores de la redacción originaria de la Ley de Garantía de la Unidad de mercado, si bien dicho principio ha sufrido un importante varapalo tras la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional español de 22 de junio de 2017.

En relación con este principio cabe realizar las siguientes consideraciones:

a) La redacción del artículo 7 de la Ley no nos parece particularmente afortunada ni un ejemplo precisamente de claridad normativa. La norma establece que las autoridades competentes garantizarán que no generan un “exceso de regulación” o “duplicidades”, pero no aclara ni precisa a qué clase de excesos o duplicidades se refiere. La alusión a los excesos de regulación resulta equívoca y tampoco parece demasiado clara la referencia a las duplicidades. Desde este punto de vista, quizás la formulación de este principio tenga un cierto aire retórico, cuando sus postulados bien podrían considerarse embebidos y subsumidos en el propio artículo 103 de la Constitución española, conforme al cual la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Entendemos que la simplificación y reducción de cargas necesarias y estériles queda perfectamente amparada por la exigencia general de eficacia de la Administración pública, y que consagrar este principio de manera autónoma constituye simplemente una bienintencionada, aunque innecesaria, insistencia en lo obvio;

b) Parece oportuno citar en esta sede el *Manual de Simplificación Administrativa y Reducción de Cargas para la Administración General del Estado* publicado en el BOE de 9 de Octubre de 2014³⁴ y que es resultado de una propuesta de la Subcomisión de Simplificación Administrativa de la Comisión interministerial para la Reforma de las Administraciones Pública (CORA), creada en octubre del año 2012 con el sano objetivo de trazar una hoja de ruta de reformas de las Administraciones Públicas para reducir su tamaño, dotarlas de flexibilidad y mejorar su eficacia. Y ello mediante criterios generales, claros y aplicables en todos los ámbitos administrativos, superando las medidas puntuales, sectoriales y a corto plazo. En suma, se parte del significado de “Simplificación” en el Diccionario de la Real Academia considerando “simplificación administrativa” la actividad dirigida a hacer “*más sencilla, más fácil y menos complicada*” la actuación de las Administraciones Públicas³⁵;

c) La simplificación procedimental trata de mejorar con carácter general la relación del ciudadano con la Administración. Por otro lado, la simplificación se ha desarrollado de modo especial precisamente en relación con la intervención sobre la actividad económica, coincidiendo en este punto el interés individual de los empresarios con el interés general de la Administración, consistente en mejorar la competitividad de las empresas. La simplificación abarcará, pues, el conjunto de acciones encaminadas a analizar, identificar, clasificar y realizar propuestas y actuaciones que

³⁴ Resolución de 7 de octubre de 2014, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 19 de septiembre de 2014, por el que se toma conocimiento del Manual de simplificación administrativa y reducción de cargas para la Administración General del Estado.

³⁵ CHAVES J.R. realiza una demoledora y divertida crítica de este documento en *contencioso.es*, 10 de octubre de 2014.

mejoren la actividad administrativa en su conjunto, tanto en la reducción de cargas y trámites para el ciudadano como en la racionalización y agilización de los procesos y procedimientos internos propios de la Administración y deberá tener como finalidades fundamentales reducir o eliminar cuantos trámites sean posibles o no aporten valor, aminorar los plazos de tramitación y resolución de los procedimientos, impulsar la implantación de la tramitación electrónica y reducir las cargas soportadas por los ciudadanos³⁶.

El artículo 8 de la Ley, por su parte, consagra el principio de transparencia. Conforme a él *“Todas las autoridades competentes actuarán con transparencia para la correcta aplicación de esta Ley y la detección temprana de obstáculos a la unidad de mercado. Asimismo, cada autoridad competente se asegurará de que las disposiciones y actos recogidos en el artículo 9.2 de esta Ley son fácilmente accesibles, y cumplen lo dispuesto en la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”*.

La transparencia y el correcto funcionamiento de las instituciones públicas constituye una vieja aspiración, no siempre satisfecha, de todos los sistemas democráticos, de ahí que el principio de transparencia se haya convertido en la práctica totalidad de los Estados democráticos de Derecho en una invocación constante. Tanto los procedimientos administrativos como la elaboración de las leyes deben estar presididas por la mencionada transparencia, con el objetivo último de fomentar la implicación del ciudadano en la adopción de las decisiones políticas y administrativas. La transparencia parece haberse convertido en los últimos tiempos, en la era de la modernidad, en una apelación recurrente y constante, casi obsesiva, a la ciudadanía, desalentada en la mayoría de las ocasiones por las opacidades en el ejercicio del poder y los escándalos de corrupción. Como indica el preámbulo de la Ley 19/2013, de Transparencia, *“la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos”* porque *“los países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes, que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social. En estos países, los ciudadanos pueden juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus responsables públicos y decidir en consecuencia. Permitiendo una mejor fiscalización de la actividad pública se contribuye a la necesaria regeneración democrática, se promueve la eficiencia y eficacia del Estado y se favorece el crecimiento económico”*.

Siguiendo la sistemática empleada para el análisis del principio de simplificación de cargas cabe realizar las siguientes apreciaciones sobre este principio de transparencia establecido en el ámbito de la unidad de mercado:

a) Pese a que la Ley consagra el principio de transparencia de forma autónoma y titula el artículo 8 con esta rúbrica, *principio de transparencia*, este principio está íntima y estrechamente vinculado con la noción y con el principio de publicidad, de manera que la publicidad constituye la manera en la que habitualmente y en la generalidad de los supuestos se articula e instrumenta la transparencia. El artículo 8 de la Ley no se refiere específicamente a la publicidad, pero alude a que la autoridad competente deberá asegurar que las disposiciones y actos recogidos en el artículo 9.2 de la Ley sean *fácilmente accesibles* y esta fácil accesibilidad se consigue, precisamente, mediante la articulación de mecanismos de publicidad y difusión que aseguren el adecuado conocimiento

³⁶ Estos son los términos en los que se pronuncia sobre la simplificación administrativa la Ley 2/2014, de 21 de marzo, de Proyectos Estratégicos, Simplificación Administrativa y Evaluación de los Servicios Públicos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BORM núm. 71 de 27 de Marzo de 2014 y BOE núm. 85 de 08 de Abril de 2014).

por parte de los sujetos, en este caso los operadores económicos, de las actuaciones desarrolladas. Quiere decirse con ello que aunque el concepto de transparencia no quede agotado en la noción de publicidad y pueda resultar potencialmente más amplio, el mecanismo habitual y ordinario a través del cual suele hacerse efectiva la transparencia es la publicidad y el establecimiento de mecanismos que faciliten el acceso a la información;

b) Precisamente por ello el artículo 8 de la Ley remite expresamente a lo dispuesto en la aludida Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno cuyo objeto, en los términos de su artículo primero, no es otro que el de ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Esta Ley, en los términos que advierte su preámbulo, amplía y refuerza las obligaciones de publicidad activa en distintos ámbitos. En materia de información institucional, organizativa y de planificación exige a los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación la publicación de información relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les resulta de aplicación y su estructura organizativa, además de sus instrumentos de planificación y la evaluación de su grado de cumplimiento. En materia de información de relevancia jurídica y que afecte directamente al ámbito de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, la ley contiene un amplio repertorio de documentos que, al ser publicados, proporcionarán una mayor seguridad jurídica;

c) En tercer y último lugar, cabe afirmar que la Ley abandera una visión del principio de transparencia que bien podríamos denominar finalista o teleológica, en el sentido de que alienta que, precisamente mediante la transparencia, se cumplan determinados objetivos o finalidades. En efecto, la Ley afirma que el respeto al principio de transparencia debe servir para la correcta aplicación de la propia Ley y para la *detección temprana de obstáculos a la unidad de mercado*. El principio de transparencia se configura de esta manera como un mecanismo establecido en provecho de los operadores del mercado, toda vez que el artículo 28 de la propia Ley establece mecanismos de eliminación de obstáculos o barreras detectados por los consumidores o usuarios o los operadores económicos. Por todo ello, cabe afirmar que la Ley establece una visión utilitarista de la transparencia, en el sentido de que la preservación y defensa de dicho principio puede servir, complementariamente, para el cumplimiento de otras de las funciones y finalidades previstas por la Ley.