

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA LEY DE GARANTÍA
DE LA UNIDAD DE MERCADO. COMENTARIO
A LA STC 79/2017, DE 22 DE JUNIO DE 2017

The Spanish Constitutional Court and the Law on the
Guarantee of Market Unity. Comment to the STC 79/2017,
of June 22, 2017

ANTONIO CIDONCHA MARTÍN

Universidad Autónoma de Madrid
a.cidoncha@uam.es

Cómo citar/Citation

Cidoncha Martín, A. (2018).
El Tribunal Constitucional y la Ley de Garantía de la Unidad
de Mercado. Comentario a la STC 79/2017, de 22 de junio de 2017.
Revista Española de Derecho Constitucional, 114, 301-336.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc114.10>

Resumen

El propósito de este trabajo es hacer un comentario crítico a la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) que resuelve el primero de los recursos de inconstitucionalidad planteados contra la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM). En primer lugar, se explica someramente el contenido sustantivo de la LGUM. En segundo lugar, se pone al descubierto la nueva doctrina sobre la unidad de mercado que el autor ve en la sentencia. En tercer lugar, se examina la respuesta dada por el TC a las impugnaciones planteadas contra los dos pilares de la ley. En especial, el autor escruta críticamente la fundamentación del TC que le lleva a declarar inconstitucionales y anular los preceptos de la ley relativos al llamado «principio de eficacia nacional». El trabajo concluye con unas breves reflexiones.

Palabras clave

Unidad de mercado; libertad de empresa; libertad de circulación; principio de eficacia nacional; igualdad de los españoles; ordenación general de la economía; principio de territorialidad; estándar común o equivalente; reconocimiento mutuo; armonización positiva y negativa.

Abstract

The purpose of this paper is to make a critical review of the Spanish Constitutional Court's (TC) Judgment that solves the first appeal filed against the Spanish Law on the Guarantee of Market Unity (LGUM). On the first hand, the substantive content of the LGUM is briefly explained. On the second hand, the author unveils the new doctrine held by the Constitutional Court in the judgment. Finally, the author examines the answer given by the TC to the challenges raised against the law's two pillars. In particular, the author scrutinizes in a critical way the arguments of the TC that leads him to declare unconstitutional and annul the provisions of the law relating to the so-called "principle of national effectiveness". The work concludes with some brief reflections.

Keywords

Market unity; entrepreneurial Freedom; Freedom of movement; principle of national effectiveness; equality of all Spaniards; general management of the economy; territoriality principle; common or Equivalent Standard; mutual Recognition; positive and negative Harmonization.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO: 1. Los objetivos y los medios. 2. El primer pilar: el principio de necesidad y proporcionalidad. 3. El segundo pilar: el principio de «eficacia nacional». III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA UNIDAD DE MERCADO: EN TORNO AL FJ 2 A) DE LA STC 79/2017, DE 22 DE JUNIO: 1. De la unidad de mercado *se garantiza* a la unidad de mercado *se promueve*. 2. Sobre las «garantías estructurales»: la nueva doctrina sobre el art. 139 CE. 3. Sobre las «garantías dinámicas»: los arts. 149.1.1 y 149.1.13 CE como cláusulas competenciales de ejercicio facultativo. IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO: 1. La STC 79/2017, de 22 de junio y los límites a los límites a la libertad de empresa. 2. La STC 79/2017, de 22 de junio y el principio de «eficacia nacional». V. A MODO DE CONCLUSIÓN: 1. Sobre la unidad de mercado. 2. sobre la LGUM. 3. Sobre la igualdad de los españoles. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN

Con fecha de 10 de diciembre de 2013 se publicó en el BOE la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (en adelante LGUM). La ley fue, ante todo, un compromiso incluido en el programa del PP, vencedor en las elecciones de noviembre de 2011. Este compromiso enlazaba con una preocupación antigua habida en el mundo empresarial sobre el impacto de la descentralización política en la unidad de mercado, especialmente tras la última oleada de reformas estatutarias. También contribuyó la presión ejercida desde la Comisión Europea, que incluyó la aprobación del citado texto entre sus recomendaciones a España para 2013.

La LGUM, que entró en vigor sin ruido mediático o político alguno, introduce cambios de enorme calado en la configuración de la libertad de empresa y de la libertad de circulación en nuestro país. En verdad, la ley no puede entenderse sin la directiva *Bolkestein*, nombre con el que se conoce popularmente la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, de servicios en el Mercado Interior (también llamada directiva de servicios)¹. La directiva

¹ La directiva fue traspuesta a nuestro ordenamiento en dos fases: en una primera, a través de una ley transversal, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (popularmente conocida como ley paraguas y que traslada el contenido de la directiva al ordenamiento interno y tiene carácter básico); en una segunda, a través de la adaptación de la legislación sectorial

perseguía no solo evitar el proteccionismo estatal, sino hacer más fácil la libertad de circulación de los prestadores de servicios en la Unión Europea.

La LGUM va más allá de *Bolkestein*. Extiende a todas las actividades económicas privadas su filosofía liberalizadora y la exagera. Desde su entrada en vigor, recibió, al igual que *Bolkestein*, críticas doctrinales². A ello hay que sumar cuatro recursos de inconstitucionalidad planteados por el Parlamento y el Gobierno de Cataluña, por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y por el Gobierno de Canarias, por motivos básicamente competenciales. Todos ellos han sido resueltos por el Tribunal Constitucional (TC en adelante) en las sentencias 79, 110, 111 y 119/2017, respectivamente. De ellas, la relevante es la primera (la STC 79/2017, de 22 de junio), de la que hacen aplicación las restantes³.

Pretendo hacer un comentario (crítico) de la STC 79/2017⁴. Para ello, en primer lugar, explicaré someramente el contenido sustantivo de la LGUM⁵, valiéndome también de la propia sentencia, en la que el TC se extiende (a veces demasiado) en la interpretación de los preceptos controvertidos. En segundo lugar, analizaré el FJ 2 a) de la sentencia, en el que veo una nueva doctrina sobre la unidad de mercado. En tercer lugar, escrutaré la respuesta

(estatal, autonómica y local) a los criterios de la ley paraguas: en el caso de la legislación estatal, a través de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (popularmente conocida como ley ómnibus).

² Entre otros, Fernández Farreres (2014); Rebollo Puig (2014); Tornos Mas (2014); Muñoz Machado (2014); Urrutia Libarona (2016), y Sola Teyssiere (2016). Más amable con la ley, Agudo González (2015). Véase también Alonso Mas (2014) y Cidoncha Martín (2015).

³ Alguna cosa nueva se puede ver en la STC 111/2017, de 5 de octubre, en la que el recurrente (el Gobierno andaluz) impugna algunos preceptos de la LGUM por motivos no competenciales (FFJJ 4 y 5).

⁴ En el momento de finalizar este trabajo ya han aparecido algunos comentarios a dicha sentencia: Lozano Cutanda y Fernández (2017); Ortega Bernardo (2017); Alfaro Águila-Real (2017) o Sola Teyssiere (2018).

⁵ Junto con el «contenido sustantivo», en el articulado de la LGUM hay también un «contenido instrumental», un conjunto de disposiciones que proveen de instrumentos para facilitar o hacer efectiva la unidad de mercado: por un lado, instrumentos de cooperación (orgánicos —capítulo III— y procedimentales —arts. 22 a 24—); por otro lado, instrumentos procesales (un «recurso administrativo» especial, alternativo al ordinario —art. 26 LGUM—; y un recurso contencioso-administrativo especial, en garantía de la unidad de mercado —regulado en un nuevo capítulo IV del título V de la ley de lo contencioso-administrativo—, para el que está legitimada la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) —art. 28 de la LGUM—).

dada por el TC a las impugnaciones planteadas contra el que he llamado «contenido sustantivo» de la ley⁶. Por último, como es obvio, elevaré unas breves conclusiones. Es a lo que llega el espacio disponible.

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

1. LOS OBJETIVOS Y LOS MEDIOS

Son dos los objetivos de la LGUM, según acierta a ver el TC⁷. El primero y más obvio: garantizar el principio constitucional de unidad de mercado en el territorio nacional. Así se desprende del título de la ley, de su preámbulo (I, p. 3) y de la primera de sus disposiciones (art. 1.1). El segundo objetivo es la liberalización de la actividad económica privada⁸: «eliminar los obstáculos y trabas derivados del crecimiento de la regulación» (preámbulo, I, p. 2). Se trata de un objetivo legítimo, que el legislador estatal puede perseguir, obviamente, en ejercicio de sus competencias. De lo que se trata, por tanto, es no solo de garantizar un mercado único, sino también de potenciar un mercado único libre o menos regulado.

El contenido sustantivo de la ley se localiza en los capítulos IV (garantías al libre establecimiento y circulación) y V (principio de eficacia en todo el territorio nacional), que son concreción y desarrollo de los principios enunciados en los arts. 5 y 6, respectivamente. Este es el núcleo duro de la ley, los dos pilares sobre los que se sustenta. Sobre ambos se proyectaron los recursos de inconstitucionalidad y, por ello, el pronunciamiento del TC, especialmente sobre «el principio de eficacia nacional» (lo llamaré así en adelante). En este núcleo duro me centro.

2. EL PRIMER PILAR: EL PRINCIPIO DE NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD

No resulta fácil condensar las prolijas y farragosas disposiciones del capítulo IV, ni la interpretación que de ellas hace el TC⁹. En síntesis, la

⁶ No entraré en la respuesta dada por el TC a las cuestiones planteadas en relación con el contenido instrumental de la LGUM. Lo más relevante: el TC declara inconstitucional y nulo el privilegio procesal concedido a la CNMC de obtener automáticamente la suspensión del acto o disposición autonómico recurrido si la solicita (FJ 15).

⁷ FJ 2. En adelante, las referencias en solitario a los fundamentos jurídicos se entienden hechas a la sentencia que comento (STC 79/2017).

⁸ En palabras del TC, la «desregulación» del mercado [FJ 2 b), párr. 2].

⁹ En el FJ 4.

LGUM establece un principio, la libre iniciativa económica: «El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional» (art. 16.1)¹⁰. A partir de este principio establece, por un lado, un límite general a toda regulación que limite el acceso a o el ejercicio de la actividad económica privada, esto es, la libertad de empresa ex art. 38 CE¹¹ (art. 5); por otro, un límite especial al establecimiento de regímenes de autorización administrativa previa (art. 17). Se completa la regulación con una lista negra de requisitos limitativos de la libre iniciativa económica que se consideran prohibidos (art. 18)¹².

Me centro en las disposiciones que establecen límites a la posibilidad de limitar la libre iniciativa económica:

a) *El límite de límites general: el art. 5 LGUM*

El art. 5 (principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes), situado no en el capítulo IV, sino en el I, fija el límite general a la posibilidad de limitar la libre iniciativa económica privada. En esencia, viene a establecer un canon (legal) de control de validez de las limitaciones a la misma. Con arreglo al precepto, toda limitación al acceso a o al ejercicio de la actividad económica privada que lleven a cabo los poderes públicos:

- 1) Solo podrá estar justificada por un elenco amplio, pero cerrado, de «razones imperiosas de interés general». Estas son las recogidas en el art. 3.11 de la Ley 17/2009 (la llamada ley paraguas¹³), al que se remite el art. 5 LGUM.

¹⁰ Añade el art. 16 que el acceso a las actividades económicas y su ejercicio «sólo 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» (apdo. 2).

¹¹ También la libertad profesional ex art. 35 CE. Esta es una libertad residual, que engloba todas aquellas profesiones u oficios que, siendo actividades independientes (no asalariadas) no son actividades empresariales. En adelante me referiré solo a la libertad de empresa.

¹² El TC reconduce la impugnación de este precepto a la del principio de eficacia nacional y, por tanto, lo juzga a partir del juicio al citado principio (FJ 9).

¹³ Estas razones son: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano,

- 2) Además, deberá ser «proporcionada a la razón imperiosa de interés general invocada y no deberá existir otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica».

La LGUM se autoerige en límite de límites a la libertad de empresa¹⁴. Así las cosas, el escrutinio al que somete la ley a toda regulación pública restrictiva de la libre iniciativa económica es más riguroso que el que emplea el TC para controlar la constitucionalidad de las regulaciones restrictivas de la libertad de empresa¹⁵. El Tribunal, ni ha cerrado las razones que pueden justificar la limitación de la libertad de empresa¹⁶, ni exige la proporcionalidad a la que se refiere la ley para las limitaciones al ejercicio de la libertad de empresa. Para estas últimas tan solo requiere la superación de un mero test de adecuación, dice en la sentencia que comento¹⁷.

Queda por resolver una duda: ¿en qué consiste ese escrutinio de proporcionalidad y necesidad de la LGUM? Aunque la redacción es un tanto equívoca, todo apunta a que se trata de un control de proporcionalidad mutilado, en línea con *Bolkestein* y la jurisprudencia del TJUE, esto es, circunscrito a dos de los tres juicios del principio de proporcionalidad en sentido amplio: idoneidad (o adecuación) y necesidad (o sustituibilidad). Sin embargo, en la Sentencia 89/2017, de 4 de julio, el TC, que declara norma básica el art. 5 LGUM, viene a entender que el canon de control que establece incluye también el juicio de proporcionalidad en sentido estricto¹⁸. Estamos, por tanto, ante un escrutinio completo de proporcionalidad.

b) *El límite de límites especial: el art. 17 LGUM*

El art. 17 LGUM (sobre el que se centraron las impugnaciones de los recurrentes de la ley) contiene límites especiales para un supuesto específico

la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

¹⁴ La norma del art. 5 (en cuanto norma básica), es jurídicamente vinculante para el legislador autonómico, no para el legislador estatal futuro (sectorial o no). Para este último, la LGUM no pasa de ser una ley paraguas.

¹⁵ Lo reconoce el propio TC, en relación con el test de proporcionalidad [FJ 4 b) ii)].

¹⁶ Para el TC, finalidades que pueden justificar la limitación de la libertad de empresa pueden ser cualesquiera enunciadas en la CE o no prohibidas por ella (STC 83/1984, FJ 3).

¹⁷ FJ 4 b) ii), con cita de jurisprudencia precedente muy reciente.

¹⁸ STC 89/2017, de 4 de julio, FJ 9.

de limitación del acceso a las actividades económicas: la exigencia de autorización administrativa previa. Como sintetiza el TC¹⁹, para aquellas regulaciones públicas que establezcan la exigencia de autorización administrativa previa, el art. 17, por un lado, exige que la necesidad y proporcionalidad de la medida se motiven suficientemente en la ley que establezca dicha autorización; y, por otro lado, reduce las razones que pueden invocarse para justificar la autorización a solo cuatro: orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente²⁰.

Lo más relevante del art. 17 es que reduce al mínimo el elenco cerrado (pero amplio) de razones para limitar la libertad de empresa (y la libertad profesional) que establece el art. 5, tratándose del establecimiento de autorizaciones administrativas. Tiene razón el TC cuando dice que el art. 17 «supone, por tanto, el condicionamiento de aquellos mecanismos de intervención administrativa previa que corresponde establecer a las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias» y «el mayor condicionamiento lo establece [...] en relación con las autorizaciones» [FJ 5 c), p. 7].

3. EL SEGUNDO PILAR: EL PRINCIPIO DE «EFICACIA NACIONAL»

Este segundo pilar de la LGUM tiene que ver directamente con la libertad de circulación interterritorial (art. 139.2 CE) y con la necesidad de hacer frente a la fragmentación del mercado nacional derivada de la pluralidad

¹⁹ FJ 4 c).

²⁰ Esta regla se aplica a los operadores económicos, por el mero hecho de querer iniciar una actividad económica. Ahora bien, en cuanto pretendan proveerse de instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de su actividad, se podrá sujetar a autorización previa la creación de esas infraestructuras «cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación» [art. 17.1.b)]. Y cuando el número de operadores económicos posibles del mercado de que se trate sea limitado, bien por la escasez de recursos naturales, bien porque supone la utilización de dominio público, bien porque la actividad económica sea un servicio público sometido a tarifas regulares, *ope legis* se considera que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad y se habilita para establecer un régimen de autorización previa [art. 17.1.c)]. En fin, en todo caso, será exigible la autorización previa «cuando así lo disponga la normativa de la Unión Europea o tratados o convenios internacionales, incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución» [art. 17.1.d)].

regulatoria autonómica²¹. El objetivo es, primordialmente, hacer efectiva la unidad de mercado²².

La LGUM enuncia en el art. 6 un principio, pero deja su definición y concreción al capítulo V. En este capítulo, la ley establece una regla general (en el art. 19) y, adicionalmente, reglas complementarias que concretan la regla general o la excepcionan (en el art. 20)²³.

El precepto clave es el art. 19, en el que se define el principio. En términos sintéticos, la regla es esta (art. 19.1 y 3): una vez establecido legalmente en un lugar del territorio nacional, conforme a los requisitos (o no requisitos) de la autoridad competente (la autoridad de origen), todo operador económico podrá desplazarse a cualquier otro lugar del territorio nacional para ejercer su actividad sin necesidad de sujetarse a los requisitos de acceso establecidos por la autoridad competente de destino. Esta deberá asumir la validez de la regulación (o no regulación) de acceso del lugar de origen, aunque difiera de la suya. Eso sí, una vez desplazado, el operador económico se sujetará a los requisitos de ejercicio establecidos por la autoridad competente de destino²⁴. Esta regla, aplicable a la circulación de sujetos (operadores económicos), se extiende a la circulación de productos (art. 19.2 LGUM).

La libertad de circulación que auspicia la LGUM es absoluta (fuera de los supuestos residuales del art. 20.4)²⁵ y he aquí su «pecado jurídico» mortal, a la postre —ya adelanto—. No lo es que vaya más allá de *Bolkestein*²⁶ o que

²¹ FJ 11.a), p. 4.

²² Aunque no solo. También lo es eliminar las regulaciones innecesarias (preámbulo I, p. antep.). La *better regulation* está también en la mente del legislador, algo que olvida el TC.

²³ El TC dedica parte de su fundamentación a explicar el contenido de los arts. 19 y 20 LGUM (FJ 10).

²⁴ El TC da por buena esta interpretación: el operador económico se somete a partir de la ley a las normas de *acceso* de su lugar de origen, sin que ello sea óbice para que se le apliquen las normas de ejercicio del lugar de destino [FJ 10, p. pen.].

²⁵ La regla solo se excepciona cuando se trata de requisitos (autorizaciones, declaraciones responsables o comunicaciones) vinculados a una concreta instalación o infraestructura física en el lugar de destino. En este caso, la autoridad competente de destino podrá exigir nuevos requisitos, pero estrictamente ligados a la instalación o infraestructura (art. 20.4, párr. primero). Tampoco opera respecto de los actos administrativos relacionados con la ocupación de un determinado dominio público o cuando el número de operadores sea limitado en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas (art. 20.4, pár. segundo).

²⁶ El art. 10.4 de la directiva exige, con carácter general, que las autorizaciones, con independencia de quien las conceda (una autoridad estatal, una autoridad regional o

provoque en las comunidades autónomas la tentación del *dumping* regulatorio, como puso de relieve la doctrina²⁷ y ahora también el TC²⁸. Ni lo uno ni lo otro tiene, en sí mismo, trascendencia jurídico-constitucional.

III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA UNIDAD DE MERCADO: EN TORNO AL FJ 2 A) DE LA STC 79/2017, DE 22 DE JUNIO

1. DE LA UNIDAD DE MERCADO SE GARANTIZA A LA UNIDAD DE MERCADO SE PROMUEVE

El TC no siempre ha sido claro a la hora de delimitar la unidad de mercado²⁹. Para empezar, a veces ha confundido el todo (la unidad económica) con la parte (la unidad de mercado)³⁰. En el FJ 2 a) de la sentencia que

una autoridad local), valgan para ejercer la actividad de servicios de que se trate en todo el territorio estatal, pero admite como excepción que se limiten a una parte específica del mismo, siempre que ello se justifique por una razón imperiosa de interés general. El art. 7.3 de la ley paraguas ya iba más allá de *Bolkestein* y, en su párr. segundo, reducía las razones imperiosas de interés general que podían justificar una autorización (o una declaración responsable o una comunicación) limitada territorialmente a estas: orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente. La disposición final segunda de la LGUM da nueva redacción al citado art. 7.3 de la ley paraguas. En esa nueva redacción desaparece el párr. segundo al que me acabo de referir.

²⁷ Por ejemplo, Tornos Mas (2014: 160). Un operador económico o un producto pueden acceder al mercado español sin cumplir requisito alguno, o con requisitos muy laxos, si así los permite la normativa autonómica de acceso y, a partir de ahí, puede circular libremente aunque los requisitos de acceso dispuestos en otras comunidades autónomas sean más rigurosos. He aquí la tentación.

²⁸ STC 79/2017, FJ 13 b), p. 5: «Con la consecuencia de que las decisiones más exigentes van a quedar desplazadas por aquellas otras que menos cargas o trabas impongan».

²⁹ La doctrina sobre la unidad de mercado es extensa. Pongo un ejemplo de un texto clásico: Albertí Rovira (1995), y otro más reciente y rompedor: De la Quadra-Salcedo Janini (2008).

³⁰ Véase un ejemplo de esta confusión en las SSTC 96/2002, de 25 de abril, FJ 11 y 96/2013, de 23 de abril, FJ 4. En realidad, la «unidad de mercado» es una de los dos manifestaciones de la unidad económica, la otra es la «unidad de la política económica», esto es, «la exigencia de la adopción de medidas de política económica aplicables, con carácter general, a todo el territorio nacional, al servicio de una serie de objetivos de carácter económico fijados por la propia CE» (STC 96/1984, de 19 de

comento, al hilo de la explicación de uno de los dos propósitos de la LGUM (la garantía de la unidad de mercado), el Alto Tribunal, con pretensión aclaratoria, nos «recuerda» su doctrina sobre la unidad de mercado.

Nos recuerda lo que siempre ha tenido claro: lo que es y lo que no es la unidad de mercado. Lo que es: un espacio donde se encuentren garantizadas la libre circulación de personas y bienes y donde las condiciones esenciales del ejercicio de la actividad económica sean iguales. Esto es, la unidad de mercado son las dos reglas del art. 139 CE, sus «dos supuestos irreductibles». Lo que no es: «No significa uniformidad», porque ha de ser compatible con la autonomía de las comunidades autónomas. La autonomía supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos y de ello se derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las comunidades autónomas, sin que ello signifique necesariamente una infracción de la Constitución.

«Recordado lo anterior», el TC se refiere a las técnicas que la Constitución prevé para «asegurar» la unidad de mercado, con base en una síntesis relativamente reciente, la de la STC 96/2013, de 23 de abril³¹: una amalgama de normas heterogéneas en la que se mezclan las normas que la definen (art. 139 CE), la norma que manda respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE) y normas competenciales (a las que atribuye un distinto significado). Aquí se pierde la claridad, pero esta falta de claridad no es achacable al Tribunal que se enfrenta a la LGUM, sino al de la Sentencia 96/2013.

La novedad viene a renglón seguido, aunque, para el TC, es doctrina vieja. «De acuerdo con la doctrina referida», la unidad de mercado:

- 1) «Se encuentra directamente *promovida*»³² a través de esa amalgama de normas a las que se refirió la STC 96/2013: a) «la reserva competencial al Estado de ámbitos materiales concretos de manera exclusiva y excluyente»; b) «el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales»; y c) «el establecimiento en la Constitución de una serie

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

³¹ Cuyo f.º 4 resume la STC 20/2016, de 4 de febrero (FJ 3) y este resumen es el que transcribe el TC.

³² La cursiva es mía. En adelante, todas las cursivas a los textos entrecomillados de la STC 79/2017 son mías.

de principios que limitan y enmarcan la acción de todos los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias (por ejemplo —sic—, aquellos principios recogidos en el art. 139 CE)». A esta amalgama la llama «garantías estructurales», dado que, «al suponer un límite en sí a la diversidad regulatoria, preservan, en alguna medida, los rasgos propios del mercado nacional único».

- 2) «Puede igualmente *promoverse* a través de un ejercicio efectivo por el Estado de aquellas competencias horizontales que nuestra Constitución le ha reconocido». Son las que llama ahora «garantías dinámicas». Las llama así porque «permitirían al Estado promover, *en su caso*, tal unidad», cuando las «garantías estructurales» se demuestran insuficientes para garantizarla, «a través de la decisión de ejercer sus competencias transversales». A saber: la competencia del art. 149.1.13, «que ampara precisamente todas aquellas normas y actuaciones, sea cual sea su naturaleza, orientadas a garantizar la “unidad de mercado”»; y la competencia del art. 149.1.1, que «habilita al Estado a intervenir normativamente a fin de imponer [...] la igualdad básica de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales».

El TC vuelve sobre la Sentencia 96/2013 pero nos dice —sutilmente— algo nuevo: la unidad de mercado no (o no solo) se garantiza, sino que (sobre todo) se promueve, bien directamente, a través de ciertas normas (muy heterogéneas), bien subsidiariamente —en su caso— a través de las competencias transversales 1 y 13 del art. 149.1. Promover no es lo mismo que garantizar: se promueve el desarrollo o la realización de un objetivo, se garantiza una realidad previamente definida, algo que ya existe. En consecuencia, la unidad de mercado no es una premisa de la que hay que partir, sino algo que se debe (garantías estructurales) y se puede (garantías dinámicas) hacer efectivo, a partir de la pluralidad regulatoria derivada de la autonomía (esta es la nueva premisa de la que partir).

Mi impresión es que esta es la idea del mercado nacional que nos quiere transmitir el TC en el FJ 2 a) de la sentencia que comento. Si estoy en lo cierto, se trata de una nueva perspectiva, que asemeja la unidad del mercado nacional a la unidad del mercado europeo³³.

³³ Desde la perspectiva comunitaria, el mercado único es, sin duda, una garantía, pero es (o era) a la vez un objetivo que alcanzar a partir de una pluralidad de mercados nacionales. Para su consecución, se preveían en los tratados originarios (y se prevén todavía ahora en el TFUE) dos tipos de disposiciones: las que imponen directamente

2. SOBRE LAS «GARANTÍAS ESTRUCTURALES»: LA NUEVA DOCTRINA SOBRE EL ART. 139 CE

No todas las garantías que el TC declara «estructurales» lo son en sentido estricto, a mi juicio³⁴. Las garantías estructurales en sentido propio están en el art. 139 CE, en los «supuestos irreductibles» de la unidad de mercado. Aquí también se han producido novedades significativas:

a) *Sobre la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica*

Tradicionalmente, el art. 139.1 CE había sido entendido en clave intraautonómica: no prohibía la diversidad de regulaciones autonómicas, sino que esas diversas regulaciones autonómicas establecieran diferencias (al menos diferencias injustificadas) entre españoles en el interior de cada comunidad. Como una suerte de sustituto, el art. 149.1.1 CE hizo en algunas ocasiones de límite a la diversidad regulatoria autonómica, aunque la jurisprudencia del TC en este punto era muy vacilante³⁵.

Sin embargo, la STC 247/2007, de 12 de diciembre, supuso un cambio. Conforme se desprende de su FJ 14.a), el art. 139.1 CE (interpretado a la luz

prohibiciones a los Estados, llamadas medidas de integración negativa (las normas sobre libertades básicas del mercado interior —arts. 30, 34, 45, 49, 57 y 65 TFUE—); y las que atribuyen competencias a las instituciones comunitarias para adoptar medidas dirigidas a ese objetivo, llamadas medidas de integración positiva (medidas básicamente armonizadoras, generales —arts. 114 y 115 TFUE— o específicas —art. 47 TFUE—).

³⁴ En rigor, la reserva al Estado de competencias normativas exclusivas en diversos sectores económicos no es una garantía estructural, sino competencial. Las normas del art. 149.1 no son normas estructurales (que definan la estructura del mercado), sino normas de competencia. Es cierto que la atribución al Estado de un espacio exclusivo y (excluyente) en determinados ámbitos económicos supone, de entrada, la prohibición (en abstracto) a las comunidades autónomas de regular en esos ámbitos. En este sentido, puede concederse que son un límite en sí a la diversidad regulatoria autonómica. Pero se trata de un límite necesitado de la acción positiva del Estado para su determinación. Su condición de límite (concreto y directo) a la diversidad regulatoria depende de dicha acción, que marca también su extensión.

³⁵ Véase un ejemplo de la configuración del 149.1.1 como límite a la diversidad regulatoria autonómica, en conexión con el art. 139.1, en la STC 135/2006, de 27 de abril, fJ 2. Sobre las vacilaciones del TC, véase De la Quadra-Salcedo Janini (2008: 80).

de la regla de respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales ex art. 53.1 CE), querría decir también que, en lo sustancial, los españoles debemos disfrutar de los mismos derechos fundamentales, siendo posible a partir de este sustrato común la diversidad de regulaciones. La norma del art. 139.1 CE no se limitaría a ser una mera especificación del art. 14 CE, cumpliría una función distinta, de límite a la diversidad de regulaciones autonómicas.

La idea (en lo sustancial, los españoles debemos disfrutar de los mismos derechos fundamentales en cualquier parte del territorio nacional) se mantuvo, si bien hubo alguna vacilación en la ubicación, al menos en sede de libertad de empresa. La STC 96/2013, de 23 de abril, ya conocida, ubicará ese sustrato sustancial de igualdad en el mismo art. 38 CE, en conexión con el art. 53.1 CE. Este precepto es, como sabemos, otra de las garantías estructurales de la unidad de mercado, según el TC de la Sentencia 96/2013, pero también el de la Sentencia 79/2017.

Estoy de acuerdo con la idea, pero creo que la ubicación correcta es el art. 139.1 CE³⁶. No obstante, la idea misma ha sido desechada. Ahora el TC considera que «la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE [...] abona la igualdad de limitaciones de la actividad económica para las empresas de una misma clase *ante cada ordenamiento individualmente considerado, el estatal y los autonómicos*»³⁷. Así se expresa la STC 53/2014, de 10 de abril (FJ 7), un año después de la STC 96/2013. Así se expresa también la STC 89/2017, de 4 de julio (FJ 15), dictada poco después de la STC 79/2017, que aquí comento. Todo un cambio brusco hecho sin justificar por qué se cambia³⁸.

³⁶ Creo que el TC se confunde cuando incluye el art. 53.1 CE entre las técnicas al servicio de unidad de mercado, porque esta disposición no tiene por función garantizar la igualdad sino evitar la desfiguración de los derechos fundamentales por el legislador, sea este estatal o autonómico. Estoy de acuerdo con el TC cuando nos dijo esto: «El contenido esencial constituye ... una garantía constitucional a favor del individuo, algo a respetar por el legislador en cada caso competente para regular; no es, en definitiva, una técnica que permita determinar lo que al Estado o las Comunidades corresponde. En términos positivos, pues, tanto el legislador estatal de las condiciones básicas como el legislador autonómico deben respetar el contenido esencial» [STC 61/1997, de 20 de marzo, f) 7 a)].

³⁷ La cursiva es mía.

³⁸ Recuerdo que el TC había declarado que la economía de mercado «resulta incompatible con posiciones jurídicas básicamente distintas de los diversos operadores», de manera que, en concreto, la libertad de empresa, «exige que las distintas empresas de un mismo sector se hallen sometidas al mismo género de limitaciones básicas en todo el territorio nacional» (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 8) ¿Por qué ahora se sostiene lo contrario? Merece una explicación.

Aún hay más. En la misma Sentencia 89/2017, el TC declara rotundamente que «el Tribunal *ha abandonado* la concepción del art. 149.1.1 como un precepto en sí mismo limitador de la acción legislativa de las Comunidades Autónomas» [FJ 6 b)]³⁹, tesis que confirma en la STC 111/2017, de 5 de octubre [FJ 5 b)], precisamente dictada en resolución de uno de los recursos de inconstitucionalidad presentados contra la LGUM. Lo que contiene el art. 149.1.1 es, simplemente, «una habilitación formal para que “el Estado condicione —mediante precisamente, el establecimiento de unas condiciones básicas uniformes— el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales”» [STC 111/2017, FJ 5 b), con cita de la STC 89/2017].

El primero de los supuestos «irreductibles» de la unidad de mercado queda «reducido»: la CE tan solo exige la igualdad entre españoles en el disfrute de, al menos, la libertad de empresa, dentro de cada ordenamiento. Y no cabe «compensación» vía 149.1.1 CE, pues ya no es «límite», es solo «habilitación». El que exista un sustrato común de libertad de empresa en todo el territorio nacional es algo que no depende de la Constitución, sino de la libre voluntad política del legislador estatal.

b) *Sobre la libertad de circulación*

Nos queda el art. 139.2 CE, la genuina manifestación de la unidad de mercado. Libertad de circulación y libertad de empresa siempre han ido juntas en la doctrina del TC. Desde la Sentencia 66/1991, de 22 de marzo, aplicó el mismo escrutinio constitucional a las medidas limitativas de una y de otra, que reproduce la STC 96/2013, de 23 de abril [FJ 4 c)]. Y en la Sentencia 96/2002, de 25 de abril (FJ 11), declaró que la libertad de empresa engloba la libertad de circulación.

Pero tenemos también novedades, concretamente en la STC 111/2017, de 5 de octubre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Andalucía contra la LGUM. En el FJ 4 a), el TC se esfuerza en distinguir entre libertad de empresa y libertad de circulación. Para el TC, el art. 38 CE «asegura a los individuos la libertad de intercambio comercial»,

³⁹ Sería muy de agradecer que el TC nos dijera cuándo «ha abandonado» esa concepción. Las sentencias que cita (SSTC 173/1998, de 23 de junio, y 178/2004, de 21 de octubre) no son concluyentes, porque, como ya he dicho, tenemos ejemplos posteriores de lo contrario (por ejemplo, la STC 135/2006, de 27 de abril). Una afirmación tan seria y contundente necesita mejor fundamentación.

mientras que el art. 139.2 CE «proscribe las regulaciones o medidas de signo proteccionista». De esta manera, una restricción a la libertad de circulación de bienes y personas «será compatible con el art. 139.2 CE solo si la autoridad pública que la ha adoptado acredita que no persigue ni produce efectos discriminatorios, por responder a un objetivo constitucionalmente legítimo y ser idónea, necesaria y proporcionada».

Esto significa que la norma del art. 139.2 no es una norma de libertad, sino de igualdad. No prohíbe los obstáculos injustificados a la libertad de circulación sin más, lo que prohíbe son las medidas discriminatorias, «las que favorecen a unos productos u operadores de un territorio en detrimento de los de otros lugares». Una obstaculización indistintamente aplicable a propios y a extraños no es escrutable desde la perspectiva del art. 139.2 CE, si acaso, desde la perspectiva del art. 38 CE, en la medida en que suponga un obstáculo a la libertad de comercio⁴⁰.

Así interpretada, la norma del art. 139.2 se confunde con la del art. 139.1, tras el «afeitado» recibido. El enunciado deóntico que contienen tanto la una como la otra es únicamente una prohibición de discriminar a los productos u operadores «de fuera» en beneficio de «los de dentro» de una comunidad autónoma, sea directamente, sea indirectamente o de forma encubierta. Los supuestos irreductibles de la unidad de mercado, sus rasgos definitorios, quedan reducidos a eso, a una especificación territorial de la prohibición de discriminación del art. 14 CE.

3. SOBRE LAS «GARANTÍAS DINÁMICAS»: LOS ARTS. 149.1.1 Y 149.1.13 CE COMO CLÁUSULAS COMPETENCIALES DE EJERCICIO FACULTATIVO

Sabemos ahora que ni el art. 139 ni el art. 38 CE (en conexión con el art. 53.1 CE) preservan la igualdad básica de los españoles en el ejercicio de la actividad económica privada. Esto queda al albur del ejercicio por el Estado de

⁴⁰ Libertad de circulación y libertad de empresa se separan ahora también en cuanto al canon de control, según se desprende del FJ 4 de la citada STC 111/2017. El canon de control para la primera es el principio de proporcionalidad en sentido amplio (con sus tres juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). El canon de control para la segunda es de mera razonabilidad, tratándose de limitaciones a las condiciones de ejercicio de la libertad de empresa, y más incisivo, tratándose de condiciones de acceso. Este distinto canon de control para la libertad de empresa también es nuevo: se apunta en la STC 53/2014, de 10 de abril (FJ 7), se consolida en la STC 35/2016, de 3 de marzo (FJ 3) y se completa en la STC 89/2017, de 4 de julio (FJ 14).

sus competencias (art. 149.1 CE). Allí donde tiene reservado ámbitos materiales de forma exclusiva y excluyente (por ejemplo, legislación mercantil), la igualdad, más aún, la uniformidad de las condiciones de ejercicio de la actividad económica privada se promueve, en tanto el Estado ejecute la reserva. Pero allí donde no existe esa reserva, en particular en aquellos ámbitos reservados a las comunidades autónomas de forma exclusiva, que no excluyente (por ejemplo, comercio interior), la unidad de mercado puede igualmente promoverse a través del ejercicio efectivo por el Estado de sus competencias horizontales (art. 149.1.1 y 13 CE).

El TC, sirviéndose de la STC 96/2013, de 23 de abril, configura como subsidiarias las cláusulas de los apdos. 1 y 13 respecto del resto del art. 149.1. También las configura como cláusulas de habilitación⁴¹. La cuestión es: ¿«habilitar» significa que esas competencias transversales son de ejercicio facultativo? Entiendo que sí, sobre todo si las interpretamos a la luz de la «nueva» doctrina. Si la unidad de mercado no es una realidad previa, sino un objetivo que puede igualmente promoverse a través del ejercicio efectivo de las competencias de los apdos. 1 y 13, deduzco que la CE no exige que el Estado intervenga, tan solo le faculta, como le faculta para reservar recursos o servicios esenciales o para intervenir empresas ex art. 128.2 CE.

Para mí, todas las cláusulas de reserva competencial del art. 149.1 abren al Estado un espacio para actuar, con carácter exclusivo y excluyente (en este sentido impropio son cláusulas habilitantes), pero también le mandan intervenir en el espacio «habilitado» y, consecuentemente, prohíben a las comunidades autónomas intervenir en el espacio reservado. Todas las cláusulas del art. 149.1 CE contienen mandatos, incluidas las transversales. Es cierto que las cláusulas transversales son normas finalistas, dirigidas a la consecución de un objetivo: garantizar la igualdad sustancial de los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales (art. 149.1.1) y la unidad del mercado nacional (art. 149.1.13⁴²).

⁴¹ La calificación de la cláusula del art. 149.1.1 CE como de habilitación no es nueva (véase, por ejemplo, STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 9) y hay que situarla en el contexto de las vacilaciones del TC sobre su condición o no de límite al legislador autonómico. Pero, hasta donde yo sé, el TC nunca había calificado expresamente la cláusula del art. 149.1.13 como cláusula de habilitación (un intento de sistematización de la doctrina del TC al respecto, en el FJ 4 de la STC 34/2013, de 14 de febrero).

⁴² La unidad de mercado no es el único de los fines a los que provee la cláusula del art. 149.1.13. Otros fines son alcanzar los objetivos de política económica general o sectorial o incidir en los principios rectores de la política económica y social [STC 34/2013, de 14 de febrero, FJ 4 b)]. En rigor, los principios rectores no son título de

Pero su condición de normas finalistas no debe ser óbice para mantener su condición de normas de mandato. Ahora bien, el ámbito de lo mandado se reduce: lo que se manda no es la regulación de una materia, sino la consecución de un fin, pero se deja libertad al Estado en el cómo (alcanzar ese objetivo) y, al igual que sucede con el resto de normas del art. 149.1 CE, en el cuándo (regular)⁴³.

Ocurre que si la igualdad ex art. 149.1.1 y la unidad de mercado ex art. 149.1.13 no se garantizan, sino que se pueden promover, es insostenible defender que sean cláusulas de mandato. Esta tesis solo es sostenible en tanto sean, en verdad, cláusulas de garantía constitucional de la igualdad y de la unidad de mercado. Pero no es lo que defiende ahora el TC. Desde la nueva perspectiva, esas dos cláusulas transversales son —me temo— cláusulas de ejercicio facultativo.

En conclusión: el art. 139 *in toto* solo impone *ex Constitutione* la prohibición a las comunidades autónomas de discriminar entre españoles; y el art. 149.1 tan solo impone *ex Constitutione* la prohibición de intervenir en los ámbitos económicos concretos que le están reservados de manera exclusiva y excluyente. En esto queda la garantía constitucional de la unidad de mercado. Fuera de ese débil núcleo duro hay un espacio amplio, indeterminado y facultativo de optimización estatal de la unidad de mercado, al amparo del art. 149.1.1 y, sobre todo, del art. 149.1.13 CE; un espacio, por cierto, potencialmente muy invasivo de las competencias de las comunidades autónomas y cuyo límite es la uniformidad (la unidad de mercado no es uniformidad). En fin, la igualdad sustancial de los españoles en el ejercicio de sus derechos fundamentales, al menos en el ejercicio de la libertad de empresa, ya no se exige, solo se posibilita. Esto es lo que sostiene ahora el TC. Demasiados cambios, todos ellos, además, amontonados en un año, 2017; el año en el que la unidad de mercado pasó de garantizarse a promoverse.

atribución de competencias estatales, pero la unidad de la política económica puede exigir un tratamiento unitario de los mismos. La cláusula del art. 149.1.13 es una cláusula de garantía de la unidad económica en su conjunto, en sus dos vertientes, la unidad de mercado en sentido estricto y la unidad de la política económica.

⁴³ Lo propio de las normas finalistas es que no obligan a realizar ninguna acción, sino a conseguir un objetivo. En este sentido, dejan libertad al Estado para fijar los medios que estimen necesarios para alcanzar el fin que prescriben. Habilitan (facultan) en cuanto a los medios, obligan en cuanto al fin. Es verdad que su eficacia normativa es más positiva (habilitadora) que negativa, pero siempre es posible controlar jurídicamente la adecuación de los medios al fin, vía principio de proporcionalidad.

IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

1. LA STC 79/2017, DE 22 DE JUNIO Y LOS LÍMITES A LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EMPRESA

El TC se ocupa específicamente de las impugnaciones de los artículos relacionados con el primer pilar en los FFJJ 4 a 9. Opera en tres pasos: primero, examina el contenido de los preceptos impugnados (los arts. 16, 17, 18 y, por conexión, el art. 5 y la disposición final segunda⁴⁴) —FJ 4—; segundo, encuadra los preceptos impugnados en el sistema de distribución de competencias —FJ 5—; y, tercero, examina las concretas impugnaciones realizadas —FFJJ 6 a 9—. Ya adelanto el desenlace: el TC desestima las impugnaciones. Importa conocer el razonamiento que lleva a tal desenlace.

Me ahorro el comentario del primer paso, porque el contenido de la LGUM ya se ha explicado en el apartado 2. Me ocupo de los dos pasos siguientes.

a) *El encaje del primer pilar en el sistema de distribución de competencias: el art. 149.1.13 CE como habilitación para maximizar la libertad de empresa*

El encaje del primer pilar en alguno de los títulos competenciales del art. 149.1 CE está directamente relacionado con el segundo de los propósitos de la LGUM. Para el TC [FJ 3 b)], la ley no solo tiene por objetivo garantizar un mercado único, sino «promover un funcionamiento más libre del mercado», en la medida en que pone límites a las autoridades regulatorias cuando pretenden limitar el acceso a una actividad económica privada o su ejercicio. Este objetivo desregulador «no es, en sí mismo, contrario a la Constitución» y puede encontrar su anclaje competencial en el art. 149.1.13 CE. Este artículo «recoge una regla de carácter transversal en el orden económico» orientada a la consecución no solo de la unidad de mercado, sino también a la

⁴⁴ La disposición final segunda modifica diversos preceptos de la ley paraguas para acomodarlos a la LGUM. La desestimación del recurso contra las normas de la LGUM conduce a la desestimación del recurso contra esa disposición (véase FJ 8). El TC relaciona el art. 18 con el principio de eficacia nacional y, por ello, lo trata dentro de la impugnación del principio (véase FJ 9).

consecución de «objetivos de política económica global o sectorial»⁴⁵. Promover un funcionamiento más libre del mercado es, sin duda, un objetivo de política económica global.

El art. 149.1.13 es el elegido. El TC es consciente de que esa regla transversal es potencialmente muy invasiva de «las competencias sectoriales legítimas de las Comunidades Autónomas». El título competencial exige así una lectura restrictiva: «No toda medida, por el mero hecho de tener una incidencia económica, puede incardinarse en este título», sino solo aquella que «tenga “una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general”». Está claro que los preceptos impugnados tienen esa incidencia. En síntesis: «Por su carácter liberalizador o desregulador, la ley entraña en este punto una verdadera reestructuración del mercado nacional, por lo que cabe estimar que constituye una medida de política económica general».

Para el TC, aquí no está involucrada la unidad de mercado, sino la persecución de un objetivo legítimo de política económica en ejercicio de una opción política legítima del legislador estatal⁴⁶. Para ello sirve el art. 149.1.13 CE, que ya sabemos que es una cláusula competencial de ejercicio facultativo: vale tanto para optimizar como para constreñir la libertad de empresa, a gusto del legislador estatal de turno. La cláusula no obliga a nada pero posibilita cualquier cosa, aunque dentro de unos límites: uno positivo, que la medida tenga incidencia directa y significativa en la actividad económica general; y otro negativo, que la medida no vacíe o constriña en exceso las competencias autonómicas⁴⁷.

⁴⁵ El TC razona correctamente. Se sirve sobre todo de la STC 141/2014, de 11 de septiembre. No cita en ningún momento la STC 34/2013, de 14 de febrero, cuyo FJ 4 b) resume de manera completa la naturaleza, el objeto y los límites de art. 149.1.13. Resulta llamativa esta ausencia.

⁴⁶ El TC solo ve un propósito desregulador en esta parte de la LGUM. No ve en las normas del capítulo IV una garantía de la igualdad de todos los españoles (personas físicas o jurídicas) en el ejercicio de la libertad de empresa (yo sí lo veo). Por eso no cita en ningún momento el art. 149.1.1 CE.

⁴⁷ Como digo *supra* (nota 45), el TC no cita en ningún momento la Sentencia 34/2013, de 14 de febrero. En esta sentencia, en cuyo FJ 4 b) resume la doctrina sobre el art. 149.1.13 hasta entonces, el TC declara que la intervención del Estado ex art. 149.1.13 está sujeta a dos límites: uno, no vaciamiento de la competencia autonómica (ya conocido); otro, que la intervención estatal llegue solo hasta donde lo exija el objetivo al que se encamine. Esta lectura es aún más restrictiva. Para el TC de la Sentencia 34/2013, la invasión de la autonomía, no solo no ha de ser excesiva, sino que ha de ser solo la estrictamente necesaria. Para el TC de la Sentencia 34/2013, la cláusula del

b) *Los límites a los límites y el TC*

El recurrente no cuestiona en sí la competencia del Estado ex art. 149.1.13 para dictar las normas impugnadas, pero sí afirma que dichas normas constriñen en exceso las competencias sectoriales legítimas de las comunidades autónomas. El legislador habría infringido el límite negativo. Sería una inconstitucionalidad por exceso en el ejercicio de la competencia propia.

Me centro en lo más relevante de la respuesta del TC, que está en el FJ 7. Separa, con buen criterio, el problema de constitucionalidad del límite de límites general [art. 5 LGUM —FJ 7 a)—] y el del límite de límites especial [art. 17 LGUM —FJ 7 b)—]. De forma muy sintética, su respuesta es esta:

b.1. El TC no se cuestiona (el recurrente no lo hace) el canon de proporcionalidad previsto en el art. 5 LGUM *in toto*. Lo que somete a escrutinio es que el precepto establezca un listado cerrado de razones aptas para justificar la intervención pública de la economía. El escrutinio se ciñe a determinar si ello constriñe en exceso las competencias autonómicas, porque el recurso se plantea como una controversia competencial.

El TC es consciente de que ese cierre de razones «supone proscribir que estas puedan desarrollar políticas propias» al servicio de otras razones constitucionalmente legítimas y con ello se constriñe su «capacidad para decidir políticamente fines y orientar a ellos la regulación de una materia». Sin embargo, considera que el legislador estatal está habilitado ex art. 149.1.13 CE para determinar con carácter general fines al legislador autonómico «siempre que ello no suponga una restricción desproporcionada de la capacidad autonómica de adoptar políticas propias»⁴⁸. Y constata que en el caso concreto no se produce tal cosa, porque la lista del art. 3.11 LGUM «es lo suficientemente abierta en sus términos [...] como para que las Comunidades Autónomas puedan desarrollar sus competencias»⁴⁹.

art. 149.1.13 es una cláusula (de mandato) de mínimos. Se comprende que no la cite el TC de la Sentencia 79/2017.

⁴⁸ FJ 4 a), p. últ.

⁴⁹ *Ibid.* El TC argumenta en su favor que el recurrente, más allá de la genérica afirmación de que la norma, al establecer un *numerus clausus*, excluye otros posibles supuestos legítimos, no ha alegado cuáles serían esos otros posibles supuestos. A mí se me ocurre uno: la defensa de la productividad, límite directo a la libertad de empresa (art. 38 CE). No está en la lista del art. 3.11 de la ley paraguas (a menos que se considere dentro del concepto genérico «objetivo de la política social» —no parece—).

- b.2. Es cierto que el elenco de razones para limitar el acceso a y el ejercicio de actividades económicas establecido en el art. 3.11 de la ley paraguas es muy amplio. Sin embargo, ese elenco se reduce a solo cuatro si lo que se pretende es someter el inicio de una actividad económica a autorización administrativa previa (art. 17.1 LGUM). ¿Restricción —esta vez sí— desproporcionada de la capacidad autonómica de adoptar políticas propias? Tampoco. El TC declara que la norma impugnada no impide a las comunidades autónomas «imponer requisitos materiales al acceso y al ejercicio de las actividades económicas dirigidos a la salvaguarda de aquellos objetivos legítimos que exceden de los enumerados en el art. 17.1», ni imponer el control del cumplimiento de esos requisitos «a través de otros mecanismos de intervención, previa o posterior, fuera de la autorización»⁵⁰. El argumento es hábil y, a mi juicio, sostenible.

El TC podía haberse quedado ahí. Sin embargo, se pregunta «si es constitucional que el Estado condicione normativamente cómo la Administración Autonómica ha de materializar su competencia ejecutiva de control del cumplimiento por parte de los operadores económicos de aquellos requisitos establecidos en su normativa». Se responde que sí: «El Estado puede legítimamente, al amparo de sus competencias, en particular la relativa a la ordenación general de la economía ex art. 149.1.13 CE, fijar una determinada modalidad de intervención administrativa con la finalidad de dinamizar la actividad económica»⁵¹.

Queda en el aire un problema: el canon de control de las limitaciones a la libertad de empresa que establece la LGUM es más exigente que el del TC, al menos en lo que a las condiciones de ejercicio respecta, pues este impone un mero test de razonabilidad. Además, el TC no ha cerrado las razones para limitar la libertad de empresa⁵². A pesar de esta discordancia, el TC da por válidos los arts. 5 y 17 LGUM, que, además, son normas básicas. He de entender que el TC no impide al legislador (en este caso estatal) elevar el estándar de protección de la libertad de empresa⁵³.

⁵⁰ FJ 4 b), p. 5. Entre los mecanismos de intervención previa alternativos están la declaración responsable o la comunicación previa, expresamente previstos en el art. 17 LGUM, para los que no se cierran a cuatro las razones para su imposición.

⁵¹ FJ 4 b), pp. 6 y 10 respectivamente.

⁵² Véase *supra*, 2.2.a).

⁵³ Parece confirmar lo que digo la STC 111/2017, de 5 de octubre, FJ 4: la LGUM no vulnera la libertad de empresa, sino todo lo contrario, eleva el estándar de protección que el art. 38 CE garantiza.

2. LA STC 79/2017, DE 22 DE JUNIO, Y EL PRINCIPIO DE «EFICACIA NACIONAL»

En los FFJJ 10 a 14 (casi doce páginas) el TC da respuesta a la impugnación de los arts. 19 y 20 y, por conexión, la disposición adicional décima LGUM, «en tanto que establecen el principio de eficacia en todo el territorio nacional de los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades de origen» (FJ 10 p. 1). Los motivos de impugnación son dos: el vaciamiento de las competencias de la Generalitat de Cataluña relacionadas con las actividades económicas y la contravención del principio de territorialidad de las competencias reconocido en el art. 115 EAC (*ibid.*).

El TC opera de la misma forma que con el primer pilar: explica los preceptos impugnados y el precepto que enuncia el principio (FJ 10), los encuadra competencialmente a partir del propósito del legislador (FJ 11) y finalmente, somete a escrutinio los preceptos impugnados y decide sobre su constitucionalidad (FFJJ 13 y 14). Pero hay una diferencia: entre el encuadre competencial y el escrutinio, el TC lleva a cabo un paso intermedio, una suerte de digresión, para situar la cuestión controvertida en su contexto (FJ 12). Es aquí donde está la *ratio decidendi*, que lleva al TC —ya adelanto— a declarar inconstitucionales y anular los preceptos impugnados⁵⁴.

Omito aquí el FJ 10, pues la explicación de la LGUM ya se ha dado en el apartado 2. En cuanto al resto, invito al lector a que lea conmigo la sentencia prescindiendo hasta casi el final del FJ 12. Procederé, primero, a analizar el encuadre competencial (FJ 11) y, después, al escrutinio de los preceptos impugnados (FJ 13). Solo después desvelaré y analizaré la *ratio decidendi* (el FJ 12) y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad (FJ 14).

a) *El encuadramiento competencial: una vez más, el art. 149.1.13*

El encaje competencial de las disposiciones impugnadas está directamente relacionado con el primero de los propósitos del legislador, según el TC: hacer frente a lo que el preámbulo de la ley denomina «fragmentación del mercado». Para el TC, es una fragmentación «derivada del normal funcionamiento del Estado autonómico», porque «de no ser así, no haría falta la adopción de una normativa estatal para tratar de dar respuesta a la misma,

⁵⁴ En aplicación de la STC 79/2017, el TC anulará en otras sentencias preceptos no impugnados en aquella: el art. 6 (STC 110/2017, de 5 de octubre) y el art. 21.2.c) (STC 111/2017, de 5 de octubre).

sino que bastaría con la aplicación de aquellas disposiciones recogidas en el ordenamiento constitucional que proscriben la diversidad» [FJ 11 a) p.4].

Para el TC, la LGUM se explica porque las «garantías estructurales» de la unidad de mercado no son suficientes para asegurarla y la justificación competencial no puede ser otra que las reglas transversales ex arts. 149.1.1 y 13 CE (las «garantías dinámicas»). Estas cláusulas subsidiarias y durmientes se activan, a voluntad del legislador estatal, cuando considera que, a pesar de las «garantías estructurales», las trabas a la actividad económica derivadas de la normal fragmentación del mercado requieren ser atenuadas.

¿149.1.1 o 149.1.13? Para el TC no hay duda, es el 149.1.13: «El objetivo que la ley se propone alcanzar mediante el establecimiento del principio de eficacia nacional, la supresión de “los obstáculos y trabas” a la actividad económica que surgirían [...] de la fragmentación del mercado» es «un objetivo genérico de política económica dictado al amparo de la competencia estatal relativa a la ordenación general de la economía del artículo 149.1.13 CE» [FJ 11 b)].

b) El escrutinio constitucional de los preceptos impugnados

Como he anunciado, damos un salto y del FJ 11 pasamos al FJ 13. El recurrente —recuérdese— alegaba dos motivos de inconstitucionalidad: vaciamiento de las competencias de la Generalitat y contravención del principio de territorialidad. Pero, en verdad, la argumentación del TC se centra en el principio de territorialidad.

La premisa de la que parte el TC es esta: el principio de eficacia nacional

supone excepcionar el principio de territorialidad de las competencias en el que [...] se funda nuestro modelo constitucional de distribución de competencias, pues las normativas de las Comunidades Autónomas relativas al acceso a una actividad económica o relativas a las características de los productos pasan a tener efectos supraterritoriales cuando se consideran normativas del lugar de origen del operador económico, pero al tiempo las normativas autonómicas dejan de tener efecto dentro del propio territorio cuando este es el lugar de destino ... del operador económico (FJ 13, p. 2).

Desde esta premisa, la argumentación del TC se desarrolla en dos pasos. El primero es el recordatorio de su doctrina sobre el principio de territorialidad de las competencias autonómicas [FJ 2 a)]. El principio de territorialidad es un principio implícito al propio sistema de autonomías territoriales y está reflejado en los estatutos de autonomía. No obstante, una cosa es el ejercicio

de las competencias autonómicas (como regla general, limitado al ámbito territorial correspondiente) y otra los efectos del ejercicio de esas competencias, que pueden manifestarse en específicas ocasiones fuera de dicho ámbito. Así las cosas, corresponde al Estado fijar los puntos de conexión, para posibilitar dicha eficacia extraterritorial y evitar el conflicto de intereses. En fin, con el reconocimiento de eficacia extraterritorial a normas y actos autonómicos se evita, asimismo, el desplazamiento del ejercicio de la competencia del Estado, pues el hecho de que determinadas actividades económicas tengan un alcance supraterritorial no permite sin más atribuir las al Estado.

El segundo paso del TC es abordar el caso concreto. El TC se pregunta «si resulta conforme con el orden constitucional de distribución de competencias el establecimiento, de la forma en que lo ha hecho la norma impugnada, de la eficacia extraterritorial de las actuaciones normativas y ejecutivas autonómicas» [FJ 13 a), p. 6]. Pido al lector que prescinda ahora de los tres últimos párrafos del FJ 13 a) y de los dos primeros del FJ 13 b) y que vaya directamente al párr. tercero del FJ 13 b). Lo que nos dice el TC a partir de ahí es lo siguiente (me centro en lo relevante):

1. Premisa mayor: la eficacia del ejercicio de las competencias autonómicas queda ceñida a sus respectivos ámbitos territoriales. Es así que la alteración de esa regla general supone también una alteración de las reglas que rigen las relaciones entre los distintos ordenamientos autonómicos [FJ 13 b), p.3].
2. Premisa menor: la LGUM rompe esa regla general, obviando la reiterada doctrina del TC y, en consecuencia, produce una alteración de las reglas que rigen las relaciones entre los distintos ordenamientos. ¿Por qué? Porque el principio de eficacia nacional hace que la normativa de una comunidad autónoma desplace las normativas de los entes territoriales que ostenten las mismas competencias materiales, desplazamiento que se produce por decisión del legislador estatal [FJ 13 b), p.4].
3. Conclusión: «El límite territorial para el ejercicio de las competencias autonómicas está consagrado por la CE y los Estatutos de Autonomía y confirmado por la doctrina del TC». Por tanto, *«fuera de los casos en los que la Constitución lo permite, no es una cuestión que sea disponible por el legislador estatal, razón por la cual el denominado principio de eficacia nacional, tal como ha sido configurado por la Ley 20/2013, es contrario al orden constitucional de distribución de competencias, pues excede del alcance de la competencia reconocida al Estado en el art. 149.1.13 CE»* [FJ 3 c)].

Creo que este silogismo era una base para justificar la inconstitucionalidad de la LGUM⁵⁵, sanción en todo caso dura, porque el TC podría haberse esforzado en buscar una interpretación conforme. Pero el TC desliza lo siguiente: fuera de los casos en que la Constitución lo permite, el legislador estatal no puede disponer la eficacia extraterritorial de las normas y actos de las comunidades autónomas ¿Cuáles son los casos en los que la Constitución permite que el legislador estatal disponga la eficacia extraterritorial de las normas y actos de las comunidades autónomas? La respuesta nos conduce a la *ratio decidendi* de la sentencia.

c) *La ratio decidendi: el principio de estándar común o equivalente*

Ahora es cuando invito al lector a leer el FJ 12 y los tres últimos párrafos del FJ 13 a). En ellos está la *ratio decidendi* de la declaración de inconstitucionalidad del principio de eficacia nacional. El TC elabora un silogismo en el que la premisa mayor es esta: el Estado puede reconocer eficacia extraterritorial a las decisiones de las comunidades autónomas a través de la imposición del reconocimiento (mutuo) de las mismas al resto de comunidades autónomas al amparo del art. 149.1.13 CE, pero siempre que se den estas condiciones alternativas: o que exista una legislación estatal común o una legislación europea armonizada en cuya aplicación se adopte la decisión; o que, en ausencia de esa legislación, exista una equivalencia (un estándar equivalente) en las normativas autonómicas aplicables. La premisa menor es esta: la LGUM ni ha establecido un marco común armonizado de aplicación a todo el territorio nacional, ni ha condicionado la eficacia extraterritorial de las decisiones autonómicas a la existencia de un estándar equivalente. La conclusión es esta: el principio de eficacia nacional, tal como lo ha diseñado la LGUM, es inconstitucional.

He aquí los casos en los que la Constitución permite dotar de eficacia extraterritorial a las decisiones de las comunidades autónomas, según el TC. Este ha construido un principio constitucional (que llamaré principio de «estándar común o equivalente» o, para abreviar, principio de «equivalencia») que limita la disponibilidad del legislador para dotar de eficacia extraterritorial a las

⁵⁵ Habría sido necesaria alguna «prueba de cargo» suplementaria. Pero la tenía el TC: con base en la STC 37/1981, de 16 de noviembre (FJ 1), que no cita en ningún momento, podría haber declarado que la eficacia extraterritorial de los actos (solo de ellos) de las comunidades autónomas es una posibilidad, siempre abierta (como dice la sentencia citada) pero excepcional, siendo así que la LGUM convierte la excepción en regla y, además, absoluta.

decisiones de las comunidades autónomas. Pero ¿de dónde sale este principio? Del principio de reconocimiento mutuo. Esto nos conduce al FJ 12 a)⁵⁶.

d) *La ratio de la ratio decidendi: el reconocimiento mutuo*

El TC construye el silogismo del que emana el principio de equivalencia a partir de una presunción: con el principio de eficacia nacional, la LGUM ha impuesto el reconocimiento mutuo de los actos de las comunidades autónomas relativos al acceso al mercado. En el FJ 12 a) analiza el principio de reconocimiento mutuo.

d.1.) El reconocimiento mutuo «a la europea»

Para el TC, el principio de eficacia nacional «pretende, según el preámbulo de la Ley 20/2013, recoger el reconocimiento mutuo desarrollado en el Derecho de la Unión Europea» [FJ 12 c)]. Sobre qué es ese reconocimiento mutuo «a la europea»⁵⁷ nos ilustra en el FJ 12 a). En la interpretación del TC, el reconocimiento mutuo «a la europea», que tiene su origen en la famosa sentencia del Tribunal de Justicia (TJ o TJUE en adelante) en el asunto *Cassis de Dijon* (20-2-1979), significa que, en ausencia de armonización legislativa europea, un Estado miembro debe permitir la comercialización en su territorio de los bienes elaborados de conformidad con la normativa del Estado de origen si estos han sido elaborados conforme a unos estándares de protección equivalentes. En ausencia de un nivel de protección equivalente, los Estados miembros pueden imponer el cumplimiento de su propia normativa. Este principio de reconocimiento mutuo condicionado (a un nivel de protección equivalente), predicable en principio de la libre circulación de mercancías⁵⁸, es también aplicable en relación con la prestación de servicios, con o sin establecimiento permanente⁵⁹.

⁵⁶ Al FJ 12 a) párr. último y b; pero también al FJ 13 a) párrs. penúltimo y último y b), párrs. primero y segundo.

⁵⁷ *Sic* [FJ 12 c)]

⁵⁸ Cita en apoyo una comunicación de la Comisión de octubre de 1980, el Libro Blanco del Mercado Interior de 1985 y una sentencia del TJ de 28 de enero de 1986, que considera expresiva de que el principio ha sido plenamente asumido por la doctrina del mismo.

⁵⁹ Cita en apoyo una sentencia del TJ de 22 de enero de 2002.

Para el TC, el «principio de eficacia nacional» establecido en la LGUM «no supone [...] el establecimiento de un principio de reconocimiento mutuo a la europea» [FJ 12 c)] y esta es razón para condenarlo a la inconstitucionalidad. Como dice más adelante, «un límite claro» al «reconocimiento por el Estado de efectos supraautonómicos a las actuaciones autonómicas» es «la imposibilidad de reconocer tales efectos cuando no exista una equivalencia en las normativas aplicables» [FJ 13 a) p. 7].

No comparto esta argumentación del TC, que me parece errónea. En primer lugar, el reconocimiento mutuo a la europea que maneja el TC no es el que maneja hoy la doctrina del TJUE. El TC se apoya en doctrina antigua, de los tiempos en que el mercado interior estaba en construcción, pero no del actual estadio del mercado interior. Basta con repasar la jurisprudencia del TJUE de esta última década para llegar a esta conclusión, tanto en sede de libertad de circulación de mercancías⁶⁰ como (y muy especialmente) en sede de libertades de establecimiento y prestación de servicios⁶¹.

Lo que nos dice esa jurisprudencia es, sencillamente, esto: en ausencia de armonización legislativa, un Estado miembro no puede impedir u obstaculizar

⁶⁰ SSTJUE de 3-3-2011 (as. C-161/09, caso *Kakavetsos-Fragkopoulos*), 26-4-2012 (as. C-456/10, caso *ANETT*), 18-10-2012 (as. C-385/10, caso *Elenca*), 16-1-2014 (as. C-481/12, caso *Juvelta*), 20-3-2014 (as. C-61/12, caso *Comisión/Lituania*), 3-4-2014 (as. C-428/12, caso *Comisión/España*), 10-9-2014 (as. C-423/13, caso *Vilniaus energija*), 23-12-2015 (as. C-333/14, caso *Scotch Whisky Association y otros*) y 19-10-2016 (as. C-148/15, caso *Deutsche Parkinson Vereinigung*).

⁶¹ Véanse, por ejemplo, en sede de libertad de establecimiento, SSTJUE de 24-3-2011 (as. C-400/08, caso *Comisión contra España*), 16-2-2012 (as. C-72/10 y 77/10, caso *Costa*), 10-5-2012 (as. C-357/10 y 359/10, caso *Duomo*), 21-6-2012 (as. C-84/11, caso *Susisalo y otros*), 25-1-2013 (as. C-463/13, caso *Stanleybet*), 26-9-2013 (as. C-539/11, caso *Ottica New Line*), 5-12-2013 (as. C-159/11 y C-161/11, caso *Venturini*), 13-2-2014 (as. C-367/12, caso *Sokoll-Seebaker*), 10-7-2014 (as. C-358/12, caso *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*), 21-5-2015 (as. C-657/13, *Verder LabTec*) y 8-9-2016 (as. C-225/15, caso *Politano*). Y en sede de libertad de prestación de servicios: 17-3-2011 (as. C-372/09 y C-373/09, caso *Penarroja*), 30-6-2011 (as. C-212/08, caso *Zeturf*), 15-9-2011 (as. C-347/09, caso *Dickinger y Omer*), 10-5-2012 (as. C-357/10 y 359/11, caso *Duomo*), 6-9-2012 (as. C-380/11, caso *SIA Garikalns*), 25-1-2013 (as. C-463/13, caso *Stanleybet*), 30-4-2014 (as. C-390/12, caso *Pfleger y otros*), 12-6-2014 (as. C-156/13, caso *Digibet y Alberts*), 10-7-2014 (as. C-358/12, caso *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*), 22-1-2015 (as. C-463/13, caso *Stanley International Betting y Stanleybet Malta*) y 11-6-2015 (as. C-98/14, caso *Berlington Hungary y otros*).

el acceso a su mercado de mercancías u operadores económicos⁶² procedentes de otros Estados miembros a menos que pueda justificarlo, bien en algunas de las excepciones previstas en el TFUE⁶³, bien en alguna razón imperiosa de interés general reconocida por el TJUE, siempre que, además, la medida impeditiva u obstaculizadora sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo. No hay ni rastro del principio de «estándar de protección equivalente» como condición del reconocimiento mutuo en toda esta jurisprudencia y precisamente sobre ese principio ha cimentado el TC la declaración de inconstitucionalidad del principio de eficacia nacional.

En segundo lugar, es verdad que el reconocimiento mutuo «a la LGUM» va más allá del reconocimiento mutuo «a la europea». El TJUE no lo impone de modo absoluto, cosa que sí hace la LGUM. Ahora bien, la LGUM no está ejecutando derecho de la Unión. Es el resultado de una decisión interna del Estado español en ejercicio de sus competencias que no conculca el ordenamiento de la UE (ni la jurisprudencia del TJUE). El que la LGUM facilite la libertad de circulación dentro del submercado español aún más de lo que la facilita el derecho de la UE para el acceso a los diversos submercados nacionales no es contrario a este.

En tercer y último lugar, el TC no puede declarar la inconstitucionalidad del principio (legal) de eficacia nacional porque *no suponga* el principio de reconocimiento mutuo «a la europea», ya que —obvio es decirlo— el derecho de la UE no es canon constitucional de validez de la ley española⁶⁴. El TC no es juez de «comunitariedad» de la ley, sino de su constitucionalidad.

d.2.) Un presunto reconocimiento mutuo «a la española»

El TC busca en su propia jurisprudencia base para justificar su tesis del reconocimiento mutuo condicionado a la existencia de un estándar común (estatal o comunitario) o equivalente (entre legislaciones autonómicas) como requisito para disponer la eficacia extraterritorial de los actos de las comunidades autónomas. Parece encontrarla, según nos relata en dos pasajes de su sentencia:

⁶² Para establecerse permanentemente (libertad de establecimiento) o para prestar un servicio sin establecerse permanentemente (libertad de prestación de servicios).

⁶³ Arts. 36, 52 y 62 TFUE.

⁶⁴ El art. 93 CE no inserta las normas comunitarias dentro del bloque de la constitucionalidad (STC 28/1991, de 14 de febrero).

d.2.1.) En el FJ 12 a), encuentra en tres sentencias (SSTC 100/1991, de 13 de mayo; 236/1991, de 12 de diciembre, y 87/1985, de 16 de julio) «un razonable reconocimiento de la eficacia extraterritorial o supracomunitaria» de actos de las comunidades autónomas en ejercicio de sus competencias ejecutivas «que aplicaban un *estándar equivalente* recogido en una norma estatal» (p. 5). De aquí (más de la interpretación que da del reconocimiento mutuo «a la europea») extrae el TC el principio constitucional de estándar común o equivalente como condición para otorgar eficacia extraterritorial a los actos ejecutivos de las comunidades autónomas (p. 8).

Esas sentencias se refieren a controversias competenciales en torno a actuaciones ejecutivas sobre materias en las que la competencia normativa es del Estado y la competencia ejecutiva es de las comunidades autónomas⁶⁵. Se parte, pues, de una legislación estatal que, obviamente, establece un estándar único, no equivalente. En el contexto de esas controversias se plantea, a título incidental, si está justificado que el Estado atraiga para sí determinadas actuaciones ejecutivas que corresponden a las comunidades autónomas por el mero hecho de surtir efectos en todo el territorio nacional (por su dimensión supraterritorial)⁶⁶. El TC dice, con buen criterio, que no necesariamente. No hay más.

De la lectura de esas sentencias, lo más que se puede inferir es que, en ocasiones, el TC ha dado por buena la eficacia extraterritorial de actos de las comunidades autónomas en aplicación de una norma estatal que establecía una regulación común (o un estándar único)⁶⁷. De aquí no se puede inferir sin más el principio de estándar común o equivalente.

d.2.2.) En el FJ 13 a), p. 7, el TC declara abiertamente que el principio de reconocimiento mutuo condicionado a la existencia de un estándar

⁶⁵ Metrología (SSTC 100 y 236/1991) y sanidad (STC 87/1985).

⁶⁶ En el caso de las SSTC 100 y 236/1991, es la propia ley estatal la que reconoce eficacia en todo el territorio nacional a las actuaciones ejecutivas de las comunidades autónomas (art. 7.5 de la Ley de Metrología). En el caso de la STC 87/1985, la eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones ejecutivas de la comunidad autónoma (determinadas autorizaciones e inscripciones en un registro autonómico) está supeditada a la necesaria mediación coordinadora del Estado (a través de la inscripción en un registro estatal).

⁶⁷ Y que preveía ya esa eficacia extraterritorial (SSTC 100 y 236/1991) o exigía la intervención coordinadora del Estado para otorgar esa eficacia extraterritorial (STC 87/1985).

común o equivalente «lo habría reconocido nuestra doctrina en relación con las actuaciones autonómicas de carácter ejecutivo (SSTC 243/1994, 175/1999, 126/2002, 14/2004 y 33/2005)»⁶⁸.

No veo dónde está ese reconocimiento. En esas sentencias o, mejor aún, en la Sentencia 243/1994, que es la relevante⁶⁹, el TC se plantea (de nuevo) si el hecho de que una actuación ejecutiva tenga eficacia supraterritorial justifica que la asuma el Estado, que no tiene la competencia ejecutiva sobre la materia. Se trata de un supuesto diferente al de la LGUM, que no persigue precisamente la asunción estatal de las actuaciones ejecutivas de las comunidades autónomas. Lo que resuelve el TC es que la asunción estatal solo será posible cuando esa actuación ejecutiva no sea susceptible de fraccionamiento y, además, no pueda llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación o coordinación (STC 243/1994, FJ 6). La única doctrina extraíble es, por tanto, la fijación de un criterio constitucional para justificar la asunción por el Estado de competencias ejecutivas que no le corresponden, en razón de su supraterritorialidad; asunción estatal que —como digo— no pretende la ley.

Pese a lo que dice, el TC ha creado un principio constitucional (el del estándar común o equivalente) sin sustento en su propia doctrina.

e) *Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad*

En el FJ 14, el TC aclara que el principio de eficacia nacional es inconstitucional por dos motivos: exceso en el ejercicio de la competencia estatal del art. 149.1.13 y vulneración del principio general de territorialidad de las competencias autonómicas. Se pregunta por los efectos que debe dar a la declaración de inconstitucionalidad y se responde: ni puede este Tribunal hacer las veces de legislador, ni puede impartir pautas o instrucciones positivas al legislador. No hay otra opción que la declaración de nulidad. En consecuencia, declara inconstitucionales y nulos los arts. 19 y 20, además de las letras b), c) y e) del art. 18 y la disposición adicional décima LGUM⁷⁰.

⁶⁸ *Sic*. Llama la atención la ausencia de referencia a fundamento jurídico alguno.

⁶⁹ Las sentencias 175/1999 (FJ 6), 126/2002 (FJ 9) y 33/2005 (FJ 11) citan su FJ 6 y hacen aplicación del mismo. La Sentencia 14/2004, ni eso (ignoro qué hace aquí).

⁷⁰ En las sentencias 110 y 111/2017, el TC completa la declaración de nulidad extendiendo esta a los arts. 6 y 21.2.c), respectivamente.

Llama la atención lo categórico que es el TC cuando dice que no puede hacer las veces de legislador. No sería la primera vez ni la última que hace las veces de legislador para salvar la constitucionalidad de una ley⁷¹. También llama la atención que diga que no puede impartir pautas positivas al legislador, pues eso es lo que hace cuando indica al legislador estatal el camino que tendría que haber seguido y que no siguió: una armonización positiva, esto es, la fijación de unas normas sustantivas uniformes de aplicación a todo el territorio nacional [FJ 12 b) y FJ 13 b), p. 4]. Sigue siendo llamativo que, para resolver un problema de exceso de regulación (el derivado de la pluralidad normativa autonómica), su propuesta sea la hiperregulación estatal uniformizadora.

En fin, concluyo con mis sorpresas: el camino propuesto al legislador estatal es el único posible para el TC. No estoy de acuerdo. Existe un camino alternativo, que, por cierto, ha seguido el derecho de la UE, por ejemplo, la directiva *Bolkestein*: la armonización negativa. Frente a la armonización positiva, en la que la UE se erige en regulador, en la armonización negativa se obliga a los Estados a reconocer, como propias, las regulaciones nacionales de los demás, pero se admite, como excepción, que el Estado de destino impida o dificulte el acceso a su mercado de productos u operadores foráneos siempre que pueda justificarlo por razones imperiosas de interés general y siempre que la medida sea proporcionada. Este es precisamente el camino seguido por la LGUM, que cometió, no obstante, el pecado de impedir la excepción. Pero este pecado acaso no justificaba la declaración de nulidad⁷². No lo ha querido así el TC.

⁷¹ Poco después de esta sentencia, el TC (Sentencia 89/2017, de 4 de julio) tuvo que pronunciarse sobre la constitucionalidad del art. 18 de la Ley catalana del cine, que obligaba a los distribuidores a distribuir el 50 % de las copias de películas en catalán y a los exhibidores a exhibir en sus salas ese mismo porcentaje de películas en catalán (dobladas o subtituladas). El TC declara desproporcionado ese porcentaje (con lo que se infringía la norma básica del art. 5 LGUM). Sin embargo, no anula el precepto: lo declara constitucional si se interpreta en el sentido de que el porcentaje referido no excede del 25 % ¿No es esto hacer de legislador?

⁷² Podría haberse resuelto con una declaración interpretativa. Algo como esto: el principio de eficacia nacional no es inconstitucional si se interpreta en el sentido de que, en ausencia de legislación común armonizada, no impide a las comunidades autónomas de destino condicionar la aplicación de la normativa de la comunidad de origen a la existencia de un estándar de protección equivalente. Todo ello en el bien entendido de que doy por asumida (aunque no la comparto) la doctrina del estándar común o equivalente. Por cierto, la declaración de nulidad ya está causando estragos. Véase, si no, la STC 102/2017, de 20 de julio.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Concluir, según el diccionario de la RAE, significa no solo acabar una cosa, sino determinar y resolver sobre lo que se ha tratado. Mi intención es determinar, fijar posición sobre lo tratado en el escaso espacio que me queda:

1. SOBRE LA UNIDAD DE MERCADO

En la sentencia que he comentado veo una nueva perspectiva sobre la unidad de mercado: no es tanto una exigencia constitucional como una posibilidad que puede promoverse a través de la decisión política del legislador estatal. La Constitución exige poco (muy poco, tras la «jibarización» a la que el TC ha sometido al art. 139) pero posibilita mucho al legislador estatal, especialmente a través de la cláusula del art. 149.1.13 (que, en todo caso, no es un cláusula ilimitada).

Esta visión de la unidad de mercado no se corresponde con la realidad del mercado que se encontró la CE. En 1978, el mercado nacional único era una realidad (la unificación del mercado nacional se produjo en el siglo XIX) y no una posibilidad. Por el contrario, las comunidades autónomas (y los eventuales mercados autonómicos) no eran una realidad y sí una posibilidad (abierto a los sujetos a los que se refiere el art. 143 CE). Ese mercado nacional único se abrió a la eventual fragmentación derivada de la creación de las comunidades autónomas. Justamente por ello, la CE estableció garantías estructurales (en el art. 139) y competenciales (en el art. 149.1) para preservar, en lo sustancial, la unidad de mercado. En particular, el art. 139.2, la expresión genuina de la unidad de mercado, nos venía a decir (y aún nos dice) que, cuando un bien o una persona acceden al mercado español en cualquier lugar, pueden circular libremente por todo el territorio nacional y esa libertad solo puede ser obstaculizada legítimamente con justificación (la que se deriva del principio de proporcionalidad). La libertad de circulación es límite a la autonomía y no al revés.

¿Qué significa que la unidad de mercado se promueve? ¿Es la pluralidad de mercados autonómicos —la fragmentación del mercado español— la premisa de la que partir ahora y la unidad del mercado nacional (perdida en algún momento) un objetivo que promover? Si la respuesta de la STC 79/2017 es —como creo— que la unidad de mercado no viene impuesta por la CE sino, sobre todo, posibilitada, es necesario que el Tribunal nos lo explique con claridad y con la debida motivación. Este nuevo «paradigma» no puede incorporarse sin más, camuflado de recordatorio de doctrina (inexistente). Es más,

no sé si el TC es consciente de que de la mano de ese nuevo «paradigma» sobre el mercado español podría venir una nueva percepción de nuestra organización territorial, según la cual el Estado autonómico español, resultado de la descentralización de un viejo Estado centralizado, ha devenido una unión de territorios. Si esto fuera así, el cambio sería de calado y afectaría a nuestra forma de Estado. Creo que un cambio tal estaría fuera del alcance del Tribunal Constitucional y exigiría una reforma de la Constitución.

Creo difícil en todo caso que el TC nos pueda explicar convincentemente el nuevo «paradigma». La unidad del mercado español era en 1978 y sigue siendo ahora la premisa básica de partida de la Constitución española. No veo ninguna razón de peso para sostener lo contrario.

2. SOBRE LA LGUM

Soy crítico con la LGUM, por sus excesos. Es un exceso el que limite las razones para limitar la libertad de empresa y ello no tanto por razones competenciales como por una cuestión de principio: el legislador, a quien corresponde (como poder constituido) limitar el ejercicio de los derechos fundamentales, no debería tener el poder de determinar, con carácter excluyente, los límites a la limitación. Pienso que el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales es regla que limita al legislador, no regla que determinar por el legislador. La determinación de esa regla, para todos los derechos fundamentales, es una función constitucional que, en mi opinión, le excede. Sin embargo, el TC no ha reparado en ello y ha dado por buena la construcción de la LGUM⁷³.

También es un exceso la configuración absoluta del principio de eficacia nacional que hace la LGUM. La libertad de circulación no es (nunca lo ha sido) absoluta: consiente la limitación justificada (en el principio de proporcionalidad). En el pecado (el exceso de libertad) lleva el legislador la penitencia de la declaración de inconstitucionalidad de uno de sus pilares. Pero no estoy de acuerdo con la respuesta dada por el TC: la *ratio decidendi* me parece errónea, la declaración de nulidad evitable y la (única) salida propuesta (la hiperegulación estatal), ni es una buena salida a la vista del problema (el problema era precisamente el exceso de regulación), ni es coherente con esa condición de legislador negativo de la que ha hecho gala en la sentencia que he comentado.

⁷³ Con ello ha salido ganando la libertad de empresa, tradicionalmente minusvalorada por el TC. Pero tampoco procede sobrevalorarla, cerrando legalmente las razones constitucionales para limitarla.

3. SOBRE LA IGUALDAD DE LOS ESPAÑOLES

Por último, me preocupa el paso atrás que el TC ha dado en relación con lo alumbrado en la STC 247/2007, de 12 de diciembre. En esta sentencia dijo algo muy sensato: en lo sustancial, los españoles debemos disfrutar de los mismos derechos fundamentales en cualquier parte del territorio nacional. Va de suyo una declaración tal en una España de (o con) comunidades autónomas, pero también —y sobre todo— de ciudadanos iguales en libertad (en lo sustancial). Frente a lo que entonces dijo, el TC niega ahora que la CE asegure la igualdad sustancial en el disfrute de la libertad de empresa, un derecho fundamental como los demás y una forma tan digna como otra de ganarse la vida. La igualdad en lo sustancial no es ya una garantía directamente constitucional sino una posibilidad abierta a la decisión política ex art.149.1.1 CE. No sé si esto que nos dice ahora el TC sobre la libertad de empresa (que me preocupa) lo predica de todos los derechos y deberes constitucionales. Si fuera así, no solo me preocuparía, sino que, sencillamente, no lo podría entender.

Bibliografía

- Albertí Rovira, E. (1995). *Autonomía política y unidad económica (las dimensiones constitucional y europea de la libre circulación y de la unidad de mercado)*. Madrid: Civitas.
- Agudo González, J. (2015). La Administración del reconocimiento mutuo. Un análisis a partir de la libre circulación de profesionales... hasta la unidad de mercado. *Revista de Administración Pública*, 197, 345-398.
- Alfaro Águila-Real, J. (2017). La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Unidad de Mercado. *Almacén de Derecho* [blog], 2-11-2017. Disponible en: <https://bit.ly/2PLWfwT>.
- Alonso Mas, M. J. (2014). *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*. Madrid: La Ley.
- Cidoncha Martín, A. (2015). Sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado: una reflexión jurídico-constitucional. *CEFLegal, Revista Práctica del Derecho*, 179, 105-140.
- De la Quadra-Salcedo Janini, T. (2008). *Mercado nacional único y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fernández Farreres, G. (2014). Unidad de mercado y libertades de empresa y circulación de bienes en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 163, 109-144.
- Lozano Cutanda, B. y Fernández Puyol, I. (2017). Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2017 sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado: la anulación de la «licencia única». *La Ley*, 12645.
- Muñoz Machado, S. (2014). Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 163, 11-22.

- Ortega Bernardo, J. (2017). La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Unidad de Mercado. *Almacén de Derecho* [blog], 6-11-2017. Disponible en: <https://bit.ly/2AIHCLg>.
- Rebollo Puig, M. (2014). La libertad de empresa y la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 163, 23-33.
- Sainz Moreno, F. (1989). El principio de unidad del orden económico y su aplicación por la jurisprudencia constitucional. En S. Martín-Retortillo (dir.). *Pasado, presente y futuro de las Comunidades Autónomas*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Sola Teyssiere, J. (2016). El principio de eficacia nacional de los medios de intervención de acceso a las actividades económicas. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 179, 211-250.
- (2018). La existencia de un estándar normativo equivalente como condición de constitucionalidad del anulado principio de eficacia nacional de la Ley de Unidad de Mercado (STC 79/2017). *Revista Española de Derecho Administrativo*, 189, 173-200.
- Tornos Mas, J. (2014). La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular, el principio de eficacia. *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 19, 144-177.
- Urrutia Libarona, I. (2016). La configuración legal de la unidad de mercado y el Estado autonómico. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175, 195-236.