

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

I.- INTRODUCCION

El pasado 25 de enero, el Consejo de Ministros inició la tramitación del Anteproyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, en adelante APL.

Dado el potencial impacto normativo de indudable naturaleza económica que el citado Anteproyecto puede tener en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se estima procedente la elaboración del presente informe por esta Secretaría General de Economía de la Consejería de Economía Innovación Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía, sobre la base de las funciones que le han sido atribuidas en el artículo 5 del Decreto 149/2012, de 5 de junio, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, de impulsar y coordinar la política económica general de la Junta de Andalucía.

II.- ANTECEDENTES

La **Constitución Española** no incluye, de forma expresa, el principio de unidad de mercado, aunque, dicho principio ha sido construido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a partir del artículo **139 de la Constitución** que indica que *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 español*. En cualquier caso este es un asunto muy complejo que requiere



conciliar principios en cierta medida contradictorios para asegurar un marco normativo coherente y articulado que facilite el desarrollo de las actividades productivas.

El principal antecedente normativo del APL es 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 (en adelante, Directiva de Servicios), que dio lugar en el ordenamiento jurídico español a todo un conjunto de normas de carácter estatal, autonómico y local. Su aplicación ha supuesto un impulso para la circulación de los servicios, la eliminación de barreras, la simplificación de los procedimientos y la introducción de los principios de buena regulación económica de forma coordinada entre todas las Administraciones públicas.

En este contexto, se debe referenciar la **Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible** que extendió este modelo de mejora de la regulación, y en su artículo 4 estableció los “principios de la buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas” (necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia). Asimismo, introdujo el **artículo 39.bis de la Ley 30/1992**, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: “Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias”.

En este apartado de antecedentes, cabe significar que la **Comunidad Autónoma de Andalucía**, además de implementar las estrictas medidas derivadas de la transposición de esta Directiva europea, ha asumido, un serio compromiso en relación a la mejora de la regulación, marcándose así unos ambiciosos objetivos, que van más allá de los fijados por la Unión Europea, al ser consciente de la importancia de una política legislativa efectiva para la recuperación económica y de la relación que existe entre un



la reducción de trabas y cargas administrativas con la competitividad empresarial.

Esta labor de simplificación y mejora del funcionamiento de la Administración autonómica, se ha visto materializada con la aprobación de las siguientes normas:

- ⇒ Por una parte, **el Decreto-Ley 1/2009**, de 24 de febrero, por el que se adoptaron medidas urgentes de carácter administrativo y la aprobación del Plan de Medidas de Simplificación de Procedimientos Administrativos y Agilización de Trámites. Mediante este Plan se han adoptado un total de 246 medidas de simplificación del entorno regulatorio, siguiendo las pautas del Programa de Acción UE para la reducción de cargas administrativas y en línea con la Estrategia UE 2020.
- ⇒ Por otra parte, **la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior**; en relación a esta transposición cabe decir que se han reformado 17 Leyes y 97 Decretos.
- ⇒ Más recientemente, la **Ley 4/2011**, de 6 de junio, de medidas para potenciar inversiones empresariales y de simplificación, agilización administrativa y **mejora de la regulación de actividades económicas en la Comunidad Autónoma de Andalucía**, profundiza en la aplicación de los principios que inspiran la Directiva de Servicios. Así, extiende a todos los sectores económicos las figuras de simplificación administrativa como son la sustitución del régimen de autorización previa por la declaración responsable o la comunicación previa, cambiándose el control previo de las administraciones públicas por el control posterior.

III.- CONTENIDO

El Anteproyecto de Ley consta de una Exposición de Motivos, veintisiete artículos, organizados en siete capítulos, ocho disposiciones adicionales, una disposición derogatoria, seis disposiciones finales y un anexo.



El **capítulo I, “Disposiciones Generales”** regula el objeto y el ámbito de aplicación. Específicamente se define como objeto principal de la norma establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional. Asimismo, se delimita el ámbito de aplicación de la norma al acceso y ejercicio de actividades económicas en condiciones de mercado por operadores legalmente establecidos en España.

El **capítulo II, “Principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación”**, recoge los principios generales necesarios para garantizar la unidad de mercado. En concreto, enuncia una serie de principios generales de alcance indeterminado para garantizar la unidad de mercado. En este sentido reformula aspectos contenidos en las Leyes de transposición de la directiva comunitaria de servicios y en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. A tal fin, se regulan los principios de: *no discriminación* (Artículo 3); de *cooperación y confianza mutua* entre las Administraciones Públicas (Artículo 4); *necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes* (Artículo 5); *eficacia en todo el territorio nacional* de determinados actos administrativos (Artículo 6); *simplificación de cargas* (Artículo 7); *transparencia* (Artículo 8); y *garantía de las libertades de los operadores económicos* en aplicación de los principios anteriores (Artículo 9).

El **capítulo III, “Garantía de la cooperación entre las Administraciones Públicas”** desarrolla las disposiciones relativas al principio de cooperación, para lo cual crea el Consejo para la Unidad de Mercado (en adelante, CUM) como órgano de cooperación administrativa, entre el Estado y las Comunidades Autónomas (CCAA), para el impulso, seguimiento y aplicación del contenido de la ley y se contempla una Secretaría de este Consejo como órgano de carácter técnico (Artículo 11). En este ámbito, se plantea la cooperación en el marco de las conferencias sectoriales y en la elaboración de proyectos normativos (Artículos 12 a 14). Asimismo se prevé la obligación de evaluación periódica de la normativa por parte de las autoridades competentes así como que las actuaciones al efecto se realizarán en el marco de las conferencias sectoriales y del CUM (Artículo 15).



El **capítulo IV**, "**Garantías al libre establecimiento y circulación**", enuncia el principio general del libre acceso y ejercicio de las actividades económicas en todo el territorio; (Artículo 16). En este contexto reformula las razones que pueden justificar la exigencia de una autorización, una declaración responsable o una comunicación (previa) para el ejercicio de una actividad. En concreto establece los casos en los que las autoridades competentes podrán exigir una autorización: cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente y sea proporcionado; cuando exista escasez de recursos naturales, utilización de dominio público, inequívocos impedimentos técnicos o servicios públicos sometidos a tarifas reguladas que limiten el número de operadores del mercado o cuando así esté dispuesto en la normativa comunitaria. Igualmente, se limita la exigencia de declaraciones responsables a los operadores económicos para el acceso de una actividad económica o su ejercicio, o para las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de las actividades económicas. (Artículo 17); Asimismo señala una serie de actuaciones que limitarían la libertad de establecimiento y la libertad de circulación en el territorio. (Artículo 18);

El **capítulo V**, aborda el "**Principio de eficacia en todo el territorio nacional**", que constituye uno de los elementos centrales de esta ley. Específicamente, establece que cualquier operador instalado, que cumpla los requisitos establecidos en el lugar de origen, podrá ejercer su actividad y circular sus productos en todo el territorio español sin que quepa, en principio, exigir nuevas autorizaciones o trámites adicionales de otras autoridades competentes diferentes (Artículo 19). En este aspecto, regula la eficacia de autorizaciones, declaraciones responsables, comunicaciones, inscripciones en registros, acreditaciones, reconocimientos, calificaciones, certificaciones y cualificaciones y cualesquiera otros actos de habilitación. Asimismo reconoce la aptitud en todo el territorio nacional de los organismos de evaluación, acreditación, certificación y otros similares establecidos en cualquier lugar del territorio español y la obligatoriedad de previsión expresa, en la normativa autonómica o local, del régimen



aplicable a los operadores establecidos en otros lugares del territorio nacional. (Artículo 20).

El **capítulo VI, "Supervisión de los operadores económicos"**, determina las autoridades competentes para la supervisión y control del acceso y ejercicio a la actividad económica (artículo 21) y la integración en los registros sectoriales a través de la ventanilla única y el intercambio de información (artículo 22). Del mismo modo, establece la supervisión y control por parte de las autoridades designadas (artículos 23, 24 y 25).

El **capítulo VII, "Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación"**. En este capítulo llama la atención que se refiera expresamente en regular la defensa de los intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes a través de la presentación de reclamaciones a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (artículo 26) y la legitimación de la futura Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para la interposición de recursos contencioso administrativos a solicitud de parte o de oficio (artículo 27).

La Ley se completa con **ocho disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y seis disposiciones finales**. Por último, el anexo recoge las definiciones de los conceptos relevantes a efectos de la ley.

IV.- OBSERVACIONES AL APL

Las observaciones que se efectúan tienen el objeto de realizar un análisis del texto del APL en relación con el **cumplimiento de los principios de una mejora de la regulación eficiente y favorecedora de la competencia**, así como el **análisis de la posible inconstitucionalidad del texto normativo propuesto**.



IV. 1 En relación con el cumplimiento de los principios de la buena regulación

Los principios para la mejora de la regulación se encuentran contenidos en la **Ley 2/2011**, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en concreto en su artículo 4: de **necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia**.

Asimismo, estos principios han sido recogidos por la **Comisión Nacional de la Competencia** en su documento "*Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia (2008)*", en el que se establece que para que un marco normativo sea eficiente, debe respetar siempre una serie de principios dirigidos a promover la actividad económica y la competencia efectiva en el mercado.

a) Sobre la necesidad y proporcionalidad del APL

La regulación de las actividades económicas se fundamenta en garantizar el interés general que tiene que estar justificado por objetivos públicos y la presencia de fallos de mercado. Esta regulación, en la que intervienen diferentes niveles de administración, con distintos grados de coordinación, debe ser coherente y evitar duplicidades, los controles administrativos deben establecerse bajo el principio de la eficiencia (alcanzar el objetivo con el mínimo coste), simplificando los procedimientos y eliminando duplicidades. Asimismo debe señalarse que la buena regulación no debe confundirse con una mera desregulación; tan ineficiente o más es la regulación insuficiente como el exceso regulatorio.

Según el análisis efectuado, el APL confunde el objetivo de garantizar la unidad de mercado, con el objetivo necesario de que las normas tienen que ser eficientes esto es lograr sus objetivos de la forma menos costosa posible para reducir al máximo la carga sobre consumidores y empresas.



En efecto, el APL, en su Exposición de Motivos justifica la necesidad de elaboración de la norma en que existe una fragmentación de la unidad de mercado en España, y que a pesar de los esfuerzos realizados no esta garantizada la libertad de circulación por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y personas, y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica, tal y como dispone la Constitución española en su artículo 139. Esta apreciación no se comparte, no se han encontrado razones suficientes que permitan de forma rigurosa sustentar esta afirmación.

Por otra parte, la Exposición de Motivos de la norma señala que una de las principales demandas de los agentes económicos es la de eliminar barreras y trabas derivadas del crecimiento de la regulación. Para establecer el alcance de la posible fragmentación de la unidad de mercado en España, es una referencia obligada el informe de los representantes de los agentes económicos que operan en el mercado español “Inventario de las distorsiones de la unidad de mercado de fecha. CEOE 15/11/2012” en el que se ofrece una clasificación de las distorsiones detectadas y un análisis específico de las mismas en 122 fichas.

Este documento diagnostica un conjunto de distorsiones y especialmente de trabas administrativas cuyo común denominador es la heterogeneidad de las mismas. De las señaladas en el documento, la gran mayoría, están originadas por la distinta interpretación o aplicación por las comunidades autónomas o las entidades locales de la misma normativa; por distorsiones fiscales, es decir, la existencia de una tributación dispar de una misma actividad según el territorio en que se realice. Según el análisis efectuado solo un número limitado de ellas se originan por la existencia de normativa autonómica divergente con otra existente de ámbito estatal o comunitario.

En particular se señalan este tipo de distorsiones en las siguientes actividades:

- Normas de emisión de gases divergente.
- Contradicción en trámites de exportación de pescado congelado.



- Planes empresariales de envases y residuos de envases.
- Normativa incompatible en materias de consumo en el sector bancario o en bebidas alcohólicas.
- Diferencias en determinados aspectos legislativos del comercio minorista.
- Instalaciones de frío industrial.
- Incompatibilidades normativas en el transporte de mercancías peligrosas.
- Heterogeneidad en la exigencia de presentación y envasado del pan.
- Seguros de responsabilidad.
- Divergencias en la gestión y reconocimiento del Registro Oficial de Licitadores.

Para resolver este tipo de problemas y los que en su caso puedan detectarse o producirse, se considera inadecuada la uniformidad o universalización que otorga el APL a la regulación del acceso y ejercicio de las actividades económicas, puesto que, las especificidades de cada actividad y de los sectores económicos requieren un tratamiento específico, así como establecer, unos requisitos de control administrativo diferenciados según el tipo de actividad productiva de que se trate.

El mecanismo de creación de grupos de trabajo con representantes de todas las administraciones y de los agentes económicos afectados, que ha demostrado su operatividad en el proceso de reducción de cargas administrativas llevado a cabo en la pasada legislatura o en las recomendaciones del visado colegial aprobadas por el Comité de Mejora de la Regulación, parece un instrumento más adecuado a este respecto.

En definitiva, el APL efectúa un diagnóstico erróneo cuando se afirma en la exposición de motivos que “existe una fragmentación de la unidad de mercado en España” (de fragmento o parte o porción pequeña de algunas cosas quebradas o partidas DRAE). Por lo anteriormente señalado, se considera desproporcionada la elaboración de una ley de carácter genérico, máxime con el contenido de este APL que establece un “modelo que puede dar lugar a situaciones de desigualdad material entre operadores que realicen una



determinada actividad en un mismo territorio” según señala el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el contenido de este APL; que además **“estima que de mantenerse la proyectada regulación, la compatibilización entre el principio de unidad económica y la diversidad normativa a que hace referencia la doctrina constitucional puede quedar en entredicho”**.

Asimismo, se consideran también desproporcionados los mecanismos institucionales que se regulan en relación a la revisión administrativa y jurisdiccional. En este aspecto concreto la propia denominación del Capítulo VII del APL **“Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación”**, es un “lapsus” expresivo de las intenciones del APL de desconfianza hacia las CC.AA, en contraste con el principio de “confianza mutua” de la que hace gala el APL.

En nuestra opinión, estos mecanismos no pueden tener por objeto la protección de derechos o intereses de operadores privados sino **la protección del interés general**, es a ello, en su caso, a lo que los organismos y autoridades a las que el APL encomienda dichas tareas deben dedicar sus recursos y en todo caso garantizar que la utilización de estos instrumentos responde a verdaderas razones de interés general.

Con la actual redacción, el papel previsto para la futura CNMC en relación con la iniciativa podría ser la de un **mandatario** del gobierno central (según la terminología empleada por la CNC en su IPN 89/13 sobre el presente APL, de 10 de abril de 2013), para paralizar primero y ventilar después en sede jurisdiccional las cuestiones no resueltas a los operadores interesados por parte de las autoridades competentes en el sentido de lo solicitado por un órgano creado ad-hoc como es la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado. **Con todo ello, además de distorsionar seriamente la independencia de la futura CNMC, se produciría previsiblemente una elevada judicialización del proceso con un coste desproporcionado en términos de seguridad jurídica y de efectos perniciosos para la actividad económica.**



En este sentido, cabe precisar que la suspensión automática recogida en el nuevo precepto 127 quarter que se prevé incluir en la Ley 29/ 1998, de 13 de julio, en relación con las disposiciones, actos o resolución que sean impugnados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, es desproporcionada y afecta claramente al principio de la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución Española. Al respecto, conviene resaltar que el modelo asentado en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa opta por la tramitación en sede judicial de las medidas cautelares que se soliciten, tanto en cuanto estas medidas únicamente pueden acordarse previa valoración de los intereses en conflicto (UCA artículos 129 y 130), siendo el juez o Sala judicial competente la que decide la conveniencia de adoptar la medida cautelar de suspensión tras escuchar a las partes en la causa.

b) Sobre la seguridad jurídica

La actividad económica requiere un marco normativo articulado y coherente que facilite las relaciones económicas creando un entorno de certidumbre y proporcione seguridad jurídica a quienes participen en el intercambio económico.

El APL, reformula el marco normativo actual al establecer la prevalencia de la regulación de la Administración territorial de origen del operador económico, con independencia del lugar en el que el mismo desarrolle efectivamente su actividad. Esta circunstancia al afectar a un buen número de competencias autonómicas y locales puede derivar en la proliferación de conflictos competenciales entre el Estado y las Administraciones territoriales, pero también entre las propias Comunidades y Entidades Locales, y en consecuencia puede afectar a la seguridad jurídica y dar lugar a una elevada litigiosidad.

Asimismo, una de las cuestiones relevantes y que reviste de una especial complejidad, sobre las que cabe incidir dado el citado efecto extraterritorial que establece el APL, es la delimitación del alcance de la responsabilidad del operador derivada de la



presentación de una declaración responsable o de una comunicación previa, así como la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio prevista en el Título X (artículos 139 y siguientes) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Cabe recordar que, tras la relativamente reciente aplicación de la Directiva de Servicios, que aun esta en “rodaje jurídico”, tanto la declaración responsable como la comunicación previa son figuras que suponen un título habilitante para el inicio o acceso de actividades, sin perjuicio de la facultad de la Administración de comprobar a posteriori que se reúnen los requisitos previstos en la legislación correspondiente para el inicio de una actividad en concreto y que, en el supuesto de que se compruebe que los datos declarados o comunicados son falsos o inexactos puede dar lugar a la posibilidad de impedir la continuación de la actividad desde el mismo momento en que se tenga constancia de tales hechos, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un tiempo determinado en las condiciones que se prevean en las normas que resulten de aplicación, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar. (artículo 71 bis 4 de la Ley 30/1992).

Por otro lado, y de acuerdo con el artículo 39 bis. 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, las Administraciones Públicas deberán velar por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación vigente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan. A todo lo anterior debe añadirse la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en aquellos supuestos en los que se ocasione una lesión a un particular sobre cualquiera de sus bienes y derechos, exceptuando aquellos casos de fuerza mayor, y siempre que dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.



Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, cabe concluir que sería conveniente que el APL determinara el alcance de la responsabilidad que asume el declarante o comunicante de una actividad, así como delimitara la potencial extensión de la responsabilidad a las distintas Administraciones Públicas, sobre todo en aquellos casos en los que se produzcan daños a terceros y especialmente en presencia del citado efecto extraterritorial que establece el APL.

En otro orden de cosas,, el APL adolece de numerosas indeterminaciones que pueden generar inseguridad jurídica:

- ⇒ Cabe destacar como ejemplo de indeterminación, las referencias a la actividad económica que realiza el APL en diversos preceptos, como los artículos 9.2.b), 12.2, o 20.1.a), donde parece que la actividad económica forma parte de un conjunto global que supone los mismos requisitos para todas las actividades que aparecen mencionadas junto a ella, como la producción, la distribución de bienes, la prestación de servicios o incluso la comercialización, redundando todo ello en una interpretación y en una aplicación compleja, a priori, de la norma.
- ⇒ Por otra parte, al no especificarse claramente el carácter administrativo de las "condiciones y requisitos" en el artículo 18, podría interpretarse que los tributos propios establecidos o que se establezcan por las Comunidades Autónomas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 157.1 de la Constitución y en el artículo 6 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre de Financiación de las comunidades Autónomas, podrían suponer un obstáculo a la libre circulación de servicios y mercancías dentro del territorio español, por cuanto el marco fiscal es una herramienta de política económica y, consecuentemente, con impacto en los mercados.
- ⇒ Asimismo "el principio de licencia única" podría determinar un importante impacto del APL sobre los presupuestos de las distintas Comunidades



Autónomas y de su capacidad tributaria, de establecer y exigir tributos reconocida a las CCAA, en aquellos impuestos, tasas, contribuciones especiales... cuyo hecho imponible esté vinculado a algún medio de intervención que por motivo de este APL ya no pueda exigirse en la CA de destino.

c) Sobre la eficacia

En general son muchos los factores que afectan a la eficacia de una norma. En concreto sobre el APL cabe señalar que la complejidad del marco normativo es un factor que se debe tener especialmente presente en el caso de España, donde se superponen o conviven normas emanadas de diferentes administraciones. En este contexto, a nuestro juicio, el APL cambia innecesariamente el marco regulatorio en el que se desenvuelve la actividad de los operadores económicos y a la vez complica las tareas de supervisión y vigilancia de las administraciones, algo que resulta clave desde el punto de vista de la eficacia del sistema. No hay nada más dañino para la libre competencia que la existencia de lagunas legales o de control, que permitan competir irregularmente a determinados operadores económicos.

En este sentido, se advierte que, los mecanismos de control a posteriori de la variedad de situaciones que el APL puede generar no están claros y definidos, especialmente al combinar la eliminación de autorizaciones con el efecto extraterritorial. Esta nueva situación genera incertidumbre tanto en la aplicación de las normas y problemas en las medidas de control, como en la responsabilidad subsidiaria de las Administraciones Públicas sobre el marco normativo de su competencia. Esta incertidumbre, en cuanto a la responsabilidad está determinada por el hecho de estar la autoridad de destino vinculada y obligada a asumir el sistema que tenga establecido la autoridad de origen respecto de los requisitos, seguros de responsabilidad u otras garantías de los operadores económicos.



Además se advierte que el APL no establece un sistema de reparto de responsabilidades para el caso de que tenga lugar cualquier accidente o infortunio en el ejercicio de la actividad de los operadores económicos. El reparto de responsabilidad civil penal y administrativa, en su caso debería estar claramente delimitado para garantizar que no existen lagunas legales.

e) Sobre la predecibilidad

Resulta básico para la actividad económica disponer de un marco normativo estable y predecible en su desarrollo. Cuando esto no sucede la regulación es causa de incertidumbre, que perjudica las decisiones de inversión de las empresas y puede tener además otros efectos perversos, como desincentivar la entrada de nuevos operadores.

En este aspecto, el APL **reformula** aspectos que van más allá del marco normativo exigido a nivel europeo y que ya estaban incorporado en las Leyes de Transposición de la Directiva, como son la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio o en el marco recogido en la Ley de Economía Sostenible Ley 2/2011, de 4 de marzo, **ello supone alterar el marco regulatorio establecido por dichas normas cuando ya se han adaptado a su aplicación por parte de los operadores económicos.**

En concreto, en función de los distintos regímenes previstos en la transposición de la Directiva de Servicios cabe señalar:

a) Régimen de autorización, el APL modifica la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Paraguas) eliminando entre las justificaciones que garantizan el mantenimiento de un régimen de autorización una serie de razones consideradas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como razones imperiosas de interés general, como son



- La protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores,
- La lucha contra el fraude
- La conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y
- Los objetivos de la política social y cultural

b) Régimen de declaración responsable:

Este régimen, según lo establecido en el APL, se podrá establecer cuando en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por una razón imperiosa de interés general. Sin embargo, en estos momentos el régimen de declaración puede establecerse de forma general en la medida en que esté motivada su necesidad para la **protección del interés público** (artículo 39 bis. Ley 30/1992, de 26 de noviembre Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común).

c) Régimen de Comunicación previa.

Este régimen según lo señalado en el Anteproyecto de Garantía de Unidad de Mercado sólo puede establecerse, cuando sea necesario para la protección de los derechos de los destinatarios de los bienes y servicios se deba mantener un control sobre el número o características de los operadores económicos, de las instalaciones o de las infraestructuras físicas en el mercado.

Sin embargo, en la actualidad el régimen vigente permite sustentar un régimen de Comunicación previa de forma general **siempre que se motive su necesidad para la **protección del interés público**** (artículo 39 bis. Ley 30/1992, de 26 de noviembre Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común)



IV. 2. Sobre la posible inconstitucionalidad del APL

Uno de los aspectos más relevantes del presente APL es el objetivo de garantizar el “principio de eficacia en todo el territorio nacional” (de la unidad de mercado, se sobreentiende) y para ello se implanta, aún sin denominarla así, la licencia comercial única: los operadores económicos necesitarán únicamente la licencia de una comunidad autónoma, que será la Comunidad de origen, para operar y vender sus productos o servicios en todo el territorio nacional. El *principio de eficacia territorial nacional de las actuaciones administrativas* también implica la validez nacional de cualquier habilitación de acceso o ejercicio a una actividad económica, para la producción o la puesta en el mercado de un producto, bien o servicio obtenida en el territorio del Estado español.

De tal modo que la autoridad (C.A.) de destino deberá reconocer la validez de la habilitación de acceso, ejercicio o circulación obtenida o exigida en el lugar de origen. Se especifica en el Anteproyecto, además, que “el libre ejercicio operará incluso cuando en la normativa del lugar de origen no se exija requisito, control, cualificación o garantía alguno”.

En este aspecto, el APL podría menoscabar las competencias de determinadas CCAA; máxime sí como parece desprenderse tanto del espíritu como del tenor de la nueva norma se efectúa una interpretación maximalista de las exigencias derivadas del principio de unidad de mercado que redundarían en un cercenamiento de las competencias de determinadas CCAA sobre las actividades económicas, sobre la base de los títulos competenciales invocados (art. 139, 38 y 149.1, 1ª, 6ª, 13ª y 18ª CE) y al disponerse expresamente que todas las disposiciones vigentes con rango legal y reglamentario se tendrán que adaptar a lo dispuesto en esta ley, a los seis meses desde su entrada en vigor (D.F.4ª).

En cualquier caso, debe precisarse que no parece oportuno que el principio de unidad de mercado pueda hacerse a costa de las competencias de las Comunidades Autónomas.



En conexión con esta idea, se recuerda la **doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la compatibilidad entre el principio de unidad de mercado y la autonomía política**. En este sentido, la STC 88/1986, de 1 julio (FJ 6º) recoge:

*"Este Tribunal Constitucional se ha pronunciado ya (...) en el sentido de considerar que de la Constitución se deriva la unicidad del orden económico nacional, que trae como consecuencia la existencia de un mercado único. Esta unidad de mercado supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica. Tal **unidad**, sin embargo, y como ha señalado también el Tribunal, **no significa uniformidad**, ya que la misma **configuración del Estado español y la existencia de Entidades con autonomía política**, como son las Comunidades Autónomas, **supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos**. La compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que, al menos, y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico, siempre que reúnan las varias características de que: la regulación autonómica se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad; que esa regulación en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin, y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles".*

En relación con la **libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución Española**, se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Constitucional. Así, según la STC 37/1981, de 16 noviembre, FJ 2:



*"... no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad de ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido nunca así entre nosotros en el ámbito del Derecho privado y, con la reserva ya antes señalada respecto de la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de los derechos y libertades, no es ahora resueltamente así en ningún ámbito, puesto que **la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan potencialmente de nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional. Es cierto que esta diversidad se da dentro de la unidad y que, por consiguiente, la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas no puede regular las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales que quedan reservadas a la legislación del Estado (arts. 53 y 149.1.1ª CE)**".*

Por otra parte, en la STC 37/1987, de 26 marzo, el Tribunal Constitucional tiene ocasión de insistir en que:

"el principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera y con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los arts. 1, 9.2, 14, 139 y 149.1.1ª CE, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las



posiciones jurídicas fundamentales" (En la misma línea, *vid.* entre otras, la STC 150/1990, de 4 octubre).

En este sentido, resulta de especial importancia destacar las consideraciones efectuadas sobre este particular por el Consejo General del Poder Judicial en su informe de 11 de abril de 2013, que manifiesta que ciertos aspectos del Anteproyecto, tales como el principio de eficacia general en todo el territorio nacional, la regulación de las actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y libertad de circulación además del tratamiento que se dispensa a la supervisión de los operadores económicos, establece, en términos generales, una posición preponderante de la normativa del lugar de origen, es decir del territorio donde el operador económico se haya establecido, dado que bastaría con el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicho lugar para que el ejercicio de una actividad económica pueda llevarse a cabo en otros ámbitos territoriales distintos del lugar de origen. Asimismo, señala que tal medida redundaría en detrimento de la aplicación de la normativa propia del lugar donde concretamente se pretenda desarrollar una determinada actividad económica (lugar de destino), lo que dificulta y entorpece la operatividad del principio de diversidad jurídica consagrado en modelo territorial diseñado por la Constitución. En definitiva, parece previsible que la aprobación y, en su caso, posterior aplicación de este tipo de mecanismos podría suscitar resistencias y conflictos competenciales. Asimismo, y tras una breve exposición del pronunciamiento del TC sobre esta materia, se cuestiona la compatibilización entre el principio de unidad económica y la diversidad normativa a que hace referencia la doctrina constitucional pueda quedar en entredicho.



V. CONCLUSIONES

1. La regulación de las actividades económicas se fundamenta en garantizar el interés general y debe articularse atendiendo a los principios de la buena regulación que han sido recogidos en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

- a) Sobre la necesidad y proporcionalidad. En la Exposición de Motivos del APL se justifica la necesidad de elaboración de la norma en la existencia de una fragmentación de la unidad de mercado en España, que pese a los esfuerzos realizados no ha quedado garantizada. Sin embargo, tal apreciación no se comparte, al no encontrarse razones suficientes que permitan de forma rigurosa sustentar esta afirmación.

En consecuencia, el APL efectúa un diagnóstico erróneo cuando se afirma en la exposición de motivos que “existe una fragmentación de la unidad de mercado en España”. Asimismo, se considera desproporcionada la elaboración de una ley de carácter genérico, máxime con el contenido de este APL que establece un “modelo que puede dar lugar a situaciones de desigualdad material entre operadores que realicen una determinada actividad en un mismo territorio” según señala el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el contenido de este APL.

También, se consideran desproporcionados los mecanismos institucionales que se regulan en relación a la revisión administrativa y jurisdiccional. En concreto, el papel previsto para la futura CNMC en relación con la iniciativa puede distorsionar seriamente la independencia de la futura CNMC, así como se produciría previsiblemente una elevada judicialización del proceso con un coste desproporcionado en términos de seguridad jurídica y de efectos perniciosos para la actividad económica.



- b) Sobre la seguridad jurídica. El APL, reformula el marco normativo actual al establecer la prevalencia de la regulación de la Administración territorial de origen del operador económico, con independencia del lugar en el que el mismo desarrolle efectivamente su actividad. Esta circunstancia afecta a las competencias autonómicas y locales que puede afectar a la seguridad jurídica y dar lugar a una elevada litigiosidad. Dado el citado efecto extraterritorial que establece el APL, sería conveniente que el APL determinara el alcance de la responsabilidad que asume el declarante o comunicante de una actividad, así como delimitara la potencial extensión de la responsabilidad a las distintas Administraciones Públicas. En este contexto, a nuestro juicio, el APL cambia innecesariamente el marco regulatorio en el que se desenvuelve la actividad de los operadores económicos y a la vez complica las tareas de supervisión y vigilancia de las administraciones, algo que resulta clave desde el punto de vista de la eficacia del sistema. No hay nada más dañino para un sistema económico que la existencia de lagunas legales o de control, que permitan competir irregularmente a determinados operadores económicos.
- c) Sobre la predecibilidad. Resulta básico para la actividad económica disponer de un marco normativo estable y predecible en su desarrollo. En este aspecto, el APL reformula aspectos que van más allá del marco normativo exigido a nivel europeo y que ya estaban incorporado en las Leyes de Transposición de la Directiva, alterando el marco regulatorio establecido por dichas normas cuando ya se han adaptado a su aplicación por parte de los operadores económicos. En este sentido, el APL puede menoscabar las competencias de determinadas CCAA; máxime sí como parece desprenderse tanto del espíritu como del tenor de la nueva norma se efectúa una interpretación maximalista de las exigencias derivadas del principio de unidad de mercado que redundarían en un cercenamiento de las competencias de determinadas CCAA sobre las actividades económicas.



2. Uno de los aspectos más relevantes del presente APL es el objetivo de garantizar el “principio de eficacia en todo el territorio nacional”, que se traduce en el principio de territorio de origen, que vincula a las CCAA de destino a reconocer la validez de la habilitación de acceso, ejercicio o circulación obtenida o exigida en ese lugar de origen. La aplicación de este principio puede suponer un menoscabo de las competencias de determinadas CCAA. Sobre este particular, merece hacer una especial mención a las consideraciones efectuadas por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el presente APL, que cuestiona la compatibilización entre el principio de unidad económica y la diversidad normativa a que hace referencia la doctrina constitucional pueda quedar en entredicho. Por lo que podría suponer una posible inconstitucionalidad de tales aspectos.

3. Como consecuencia de todo lo anterior, se plantea que la norma proyectada sea retirada y reformulada, en base a los siguientes contenidos:

- ⇒ El objeto de esta nueva norma debería centrarse en la mejora de la regulación sobre las actividades económicas. Asimismo, en el objeto de la norma debería constar una mención expresa a las competencias de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales.
- ⇒ El ámbito de aplicación de dicha norma debería extender a todos los sectores económicos, las figuras de simplificación administrativa establecidas en la Directiva de Servicios, tal como en Andalucía se llevó a cabo mediante la aprobación de la Ley 4/2011, de 6 de junio, de medidas para potenciar inversiones empresariales y de simplificación, agilización administrativa y mejora de la regulación de actividades económicas en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- ⇒ Finalmente, se plantea que las posibles distorsiones al principio de unidad de mercado deberán ser resueltas de forma coordinada por las distintas Administraciones Públicas (Administración General del Estado, las CC.AA y las



Entidades Locales) en el seno del órgano “Comité para la mejora de la regulación” creado por la disposición adicional tercera Ley 17/2009 de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, como órgano de cooperación multilateral.

