

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

NUEVA YORK

126 East 56th Street
New York - NY 10022
Tel.: +1 (646) 736 3075

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

ANTEPROYECTO DE LEY DE UNIDAD DE MERCADO: HACIA UNA LICENCIA COMERCIAL ÚNICA PARA ACTIVIDADES Y PRODUCTOS

Blanca Lozano Cutanda

*Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco
Consejera de Gómez-Acebo & Pombo y miembro del Consejo Editorial de La Ley*

Carlos Vázquez Cobos

Abogado, socio coordinador del Área de público de Gómez-Acebo & Pombo

El Consejo de Ministros dio luz verde, en su reunión del viernes 25 de enero, al anteproyecto de ley de unidad de mercado. Tras la tramitación correspondiente, el Consejo de Ministros deberá aprobar el anteproyecto de ley como proyecto de ley y acordar su remisión a las Cortes Generales para su tramitación parlamentaria¹. Este anteproyecto se enmarca en un plan de reformas estructurales que el Gobierno quiere acometer en los próximos meses, con numerosas iniciativas legislativas, tales como la ley de transparencia y la ley de liberalización de los servicios profesionales.

Es previsible que el anteproyecto sufra modificaciones importantes a lo largo de su tramitación. Se trata de una norma muy ambiciosa, que aspira a instaurar en todo el territorio nacional el principio de licencia única y legislación de origen, para lo que suprime gran parte de los controles autonómicos existentes. Como reconoce su exposición de motivos, se trata de extender la liberalización de los servicios impuesta por la Directiva 2006/123/CE a todas las actividades económicas. No deja de resultar curioso que una ley nacional apele al derecho comunitario para procurar armonizar su legislación interna.

El anteproyecto cita varios preceptos constitucionales como fundamento de su competencia para legislar en la materia, en especial la competencia estatal exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de sus libertades constitucionales, y la de establecer las bases y coordinación de la planificación de la actividad económica. Pasamos a reseñar los aspectos más destacables del anteproyecto:

1. El anteproyecto, tras exponer, en su capítulo I, el objetivo que persigue («establecer las disposiciones necesarias para hacer efectiva la unidad de mercado en todo el territorio nacional»), enuncia en su capítulo II una serie de principios generales de la actividad económica que parecen dirigidos a servir de guía a los operadores jurídicos en la interpretación y aplicación de las normas de liberalización y unificación del mercado que recoge; principios orientados a reforzar, en suma, su aplicación efectiva.

La mayoría de ellos no hacen sino reiterar y concretar para los operadores económicos principios ya contenidos en la Ley 30/1992: así ocurre con el de «cooperación y confianza

1. El texto del anteproyecto puede consultarse en la web del Ministerio de Economía y Competitividad: www.mineco.es.

mutua» (que es una versión del de «cooperación» y «lealtad institucional» de los artículos 3 y 4 de esta ley); con el de «necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes» (que a los «principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad» del artículo 39 *bis* de la Ley 30/1992 añade que el establecimiento de límites o restricciones a una actividad económica deberá motivarse mediante la concurrencia de «alguna razón imperiosa de interés general» de las comprendidas en la Ley 17/2009, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio); o, por último, con los principios de «eficacia», de «simplificación de cargas», y de «transparencia».

Es novedoso en cambio, y llama la atención, el «principio de no discriminación de los operadores económicos», en el que se asientan luego muchas disposiciones del anteproyecto, pues supone aplicar el principio del «país de origen» —«comunidad autónoma de origen», podría decirse en este caso— para garantizar de forma efectiva la unidad de mercado sin necesidad de establecer una uniformidad normativa que la doctrina del Tribunal Constitucional proscribe.

El Tribunal Constitucional considera que «la efectiva unicidad del orden económico nacional requiere la existencia de un mercado único y que la unidad de mercado descansa, a su vez, como han señalado las SSTC 96/1984 y 88/1986, sobre dos supuestos irreductibles, la libre circulación de bienes y personas por todo el territorio español, que ninguna autoridad podrá obstaculizar directa o indirectamente (art. 139.2 CE), y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1 y 149.1.1.^a CE), sin los cuales no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone» (Sentencia 64/1990).

El anteproyecto no se limita a garantizar la «igualdad de las condiciones básicas», sino que impone una igualdad efectiva de derechos en el ejercicio de las actividades económicas: «*todos los operadores económicos tendrán los mismos derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes*».

La iniciativa legislativa se cuida, sin embargo, de no establecer una «rigurosa uniformidad del ordenamiento», que excedería de los límites de la competencia del legislador estatal conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (*vid.* Sentencia 76/1983, sobre la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico). Lejos de ello, el anteproyecto ni siquiera prevé, como sería deseable, la uniformidad de las especificaciones técnicas de los productos. El objetivo de la norma es mucho más modesto, pero también más difícil de aplicar: se pretende que las normativas autonómicas, aun manteniendo su diversidad, no obstaculicen la unidad de mercado, para lo cual, como pasamos a exponer, se imponen unos requisitos o condiciones básicas comunes dirigidas a garantizar el libre establecimiento y circulación y se suprimen las duplicidades de control administrativo sobre una misma actividad o producto mediante un sistema que puede llamarse de «licencia única».

2. El capítulo IV, titulado «garantías al libre establecimiento y circulación», suprime los controles previos —autorizaciones, licencias e inscripciones en registros con carácter habilitante— para todas las actividades económicas, salvo cuando concurra una de las razones que el anteproyecto precisa: a) cuando esté justificado por razones de orden, seguridad o salud públicas o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se lleve a cabo la actividad y sea proporcionado; b) cuando, por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de

inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado; c) cuando así lo dispongan la normativa de la Unión Europea o tratados y convenios internacionales. Estos controles previos podrán ser sustituidos por las comunicaciones previas o comunicaciones responsables.

Salvo cuando concurra alguna de estas circunstancias, los controles administrativos previos deberán eliminarse y podrán sustituirse por controles *a posteriori* mediante las técnicas de la comunicación previa o de la declaración responsable contempladas y reguladas (de forma insuficiente y ambigua, a nuestro juicio) en el artículo 71 *bis* de la Ley 30/1992.

Lo que hacen estos preceptos del anteproyecto es aplicar, con carácter general a toda la actividad económica, el principio de «intervención mínima» en el acceso y ejercicio de las actividades económicas que impuso en toda la Unión Europea, para las actividades de servicios, la Directiva 2006/123/CE y que nuestra legislación de transposición ya aplicó a determinadas actividades económicas no encuadrables en el sector servicios. Es un hecho bien conocido que una excesiva intervención pública en la economía mediante la imposición de controles burocráticos innecesarios puede distorsionar u obstaculizar el desarrollo de las actividades económicas. Así lo ha puesto de relieve de forma reiterada en nuestro país la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), tanto al emitir informes sobre proyectos normativos como en dictámenes y recomendaciones. Pueden citarse así sus «Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia» de 17 de junio del 2008². La

implantación de estas medidas de control *a posteriori* debe ir, sin embargo, acompañada de una serie de cautelas y medios de inspección, con el consiguiente coste económico, para evitar que puedan afectar al principio de seguridad jurídica o causar un incremento de la litigiosidad.

El artículo 18 precisa, por su parte, una serie de medidas o requisitos que limitan «la libertad de establecimiento y la libertad de circulación» en contra de los principios recogidos en su capítulo II. Se aprecia aquí con especial intensidad la voluntad de recuperar la unidad de mercado interior, hoy obstaculizada por la proliferación de normativas y trabas burocráticas autonómicas y locales, mediante la aplicación de las técnicas utilizadas por la Unión Europea para el logro del mercado único: así lo trasluce el propio título del precepto y así lo confirman muchas de sus prescripciones (como la prohibición de «requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio [...] basados directa o indirectamente en el lugar de residencia del operador»).

3. El capítulo V del anteproyecto tiene como objetivo garantizar el que denomina «principio de eficacia en todo el territorio nacional» (de la unidad de mercado, se sobreentiende) y para ello implanta, aun sin denominarla así, la «licencia comercial única»: los operadores económicos necesitarán únicamente la licencia de una comunidad autónoma para operar y vender sus productos o servicios en todo el territorio nacional.

Así resulta de lo dispuesto en el artículo 19, sin duda el más relevante del anteproyecto.

Dispone este precepto, en su número 1, que, «desde el momento en que un operador

² Puede consultarse en www.cncompetencia.es.

económico esté legalmente establecido en un lugar del territorio español, podrá ejercer su actividad económica en todo el territorio, mediante establecimiento físico o sin él, siempre que cumpla los requisitos de acceso a la actividad del lugar de origen, incluso cuando la actividad económica no esté sometida a requisitos en dicho lugar». Se exceptúan de esta regla «las autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones vinculadas a una concreta instalación o infraestructura física», pero sin que puedan aplicarse al operador establecido en otro lugar del territorio requisitos que no estén ligados específicamente a la instalación o infraestructura. El número 2 establece, por su parte, que «cualquier producto legalmente producido al amparo de la normativa de un lugar del territorio español podrá circular y ofertarse libremente en el resto del territorio desde el momento de su puesta en el mercado».

Como ya hemos adelantado, resulta previsible que la aprobación y, en su caso, posterior aplicación de esta medida para la unidad de mercado suscite resistencias y conflictos competenciales. Así ocurrió ya en la Unión Europea, donde el principio del país de origen que intentó introducir el proyecto de la directiva de servicios acabó por ser desechado por las resistencias que generaba. Se decía que podía generar un *dumping* en el sector servicios (¿quién no recuerda «el miedo al fontanero polaco?»), aunque difícilmente podría esgrimirse este argumento dentro de un mismo Estado.

4. La supervisión y el control de los operadores económicos se reparte, cuando la competencia no sea estatal, entre las autoridades de origen (en cuanto al control del cumplimiento de los requisitos de la actividad económica) y las autoridades de destino (para la supervisión y el control del ejercicio de la actividad, así como para el cumplimiento de la normativa relacionada con la producción y los requisitos del producto para

uso y consumo). La implantación de este nuevo sistema de control de las actividades económicas, con el entrecruzamiento competencial que supone, va a suscitar, sin duda, un sinfín de problemas y conflictos. Uno de ellos, y no el menor, será el derivado del hecho de que la competencia para sancionar al operador por los incumplimientos de los requisitos para el ejercicio de la actividad económica estará radicada en la autoridad de origen, pero quien en la práctica ejercerá su control será la autoridad de destino. El anteproyecto contiene, a este respecto, una previsión que exige mucha cooperación y lealtad interadministrativa. Dice así el artículo 21.3: «en caso de que, como consecuencia del control realizado por la autoridad de destino se detectara el incumplimiento de requisitos de acceso a la actividad de operadores o de normas de producción o requisitos del producto, se comunicará a la autoridad de origen para que ésta adopte las medidas oportunas, incluidas las sancionadoras que correspondan».

5. Como medio para hacer posible la implantación de este sistema de mercado único, el anteproyecto prevé la creación de una base de datos electrónica única para todas las Administraciones Públicas en la que se integre toda la información que obre en los distintos registros «referente a los operadores económicos, establecimientos e instalaciones que sea necesaria para el ejercicio de las competencias atribuidas en materia de supervisión y control a las autoridades competentes, en particular sobre aquellas actividades sometidas a un régimen de autorización, declaración responsable o comunicación» (art. 22). Se establece para ello el deber de las Administraciones estatal, autonómicas y locales de remitir periódicamente de forma electrónica los datos referentes a las nuevas autorizaciones otorgadas o de las declaraciones responsables y comunicaciones presentadas por los operadores.

Se crea, asimismo, un órgano de cooperación administrativa y de supervisión e impulso de la aplicación efectiva de las medidas de unidad de mercado, el Consejo de Unidad de Mercado, presidido por el ministro de Hacienda y Administraciones Públicas y con la representación de los consejeros competentes de las comunidades autónomas.

6. El anteproyecto establece un nuevo procedimiento de reclamación en vía administrativa y una doble vía de recurso contencioso-administrativo —directa o a través de la futura Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia— para la impugnación por los operadores de los actos, inactividades o vías de hecho administrativos (incluidas, claro está, las sanciones) que vulneren los derechos a la libertad de establecimiento y de circulación derivados de sus preceptos.

Para ello, el operador afectado dirigirá su reclamación a la Secretaría del Consejo de la Unidad de Mercado, que la revisará y, en caso de que la considere fundada, la hará llegar a la autoridad competente para que se adopten las medidas necesarias. La contestación de la autoridad competente pondrá fin a la vía administrativa y contra ella podrá dirigir el operador su solicitud ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), o bien recurrir directamente a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. En el caso de que opten por dirigir su solicitud a la CNMC, este órgano se pronunciará, en el plazo de cinco días, sobre su admisión (si inadmite la solicitud podrán acudir en vía de recurso ordinaria a los tribunales).

Si la solicitud del operador es admitida, la Comisión interpondrá un recurso contencioso-administrativo que se resolverá mediante un nuevo «procedimiento para la garantía de unidad de mercado» de carácter preferente y sumario (este procedimiento especial en vía contencioso-administrativa

se regula en el anteproyecto mediante al introducción de un nuevo capítulo IV en el título V de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o LJCA).

Además, la CNMC podrá actuar de oficio, pues se le reconoce legitimación para la interposición de este recurso contencioso-administrativo especial «frente a cualquier disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria a la unidad de mercado procedente de cualquier autoridad» (art. 27.1). En ambos casos, informará al Ministerio de Economía y Competitividad de los recursos interpuestos (así como de las solicitudes y denuncias recibidas).

El anteproyecto reconoce, asimismo, la acción pública para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales el cumplimiento de lo establecido en la futura ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y ejecución (no queda claro, pero parece que se excluye la posibilidad de acudir a la CNMC para que interponga el recurso especial).

En el nuevo procedimiento de recurso especial en vía contencioso-administrativa para la garantía de la unidad de mercado que regula el anteproyecto cabe destacar los siguientes aspectos: *a*) su celeridad, siendo semejantes los plazos (salvo el de interposición por la CNMC, que es de dos meses) a los previstos en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales; *b*) la previsión de la posibilidad de que el órgano judicial, cuando se trate de asuntos en los que no quepa ulterior recurso, convoque a las partes a una comparecencia con la finalidad de dictar la sentencia de viva voz, exponiendo verbalmente los razonamientos de la decisión, resolviendo sobre los motivos que fundamenten el recurso y pronunciando su fallo (que se grabará según lo dispuesto en la ley para la vista oral de los procedimientos

abreviados); c) la suspensión automática de la disposición, acto o resolución impugnados una vez haya sido admitido el recurso y sin que se exija afianzamiento de los posibles perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran derivarse; d) la previsión expresa de que la determinación por el órgano judicial del resarcimiento de los daños

y perjuicios ocasionados por la conducta infractora incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante; e) la posibilidad, según lo prevenido en el artículo 110.1 LJCA, de que los efectos de las sentencias estimatorias se extiendan a los interesados que se encuentren en idéntica situación y que lo soliciten en el plazo de un año.