

# **RÉGIMEN DE AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS PREVIAS Y LIBERTAD DE EMPRESA TRAS LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y LA POSTERIOR LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO<sup>1</sup>**

**Magdalena González Jiménez**  
Prof. <sup>a</sup> Contratada Doctora  
Facultad de Derecho de Albacete  
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. CAMBIO DE PARADIGMA TRAS LA DIRECTIVA DE SERVICIOS: DE REGLA GENERAL A EXCEPCIÓN. 1. Consideraciones previas sobre la libertad de establecimiento y la libertad de empresa. 2. Control de proporcionalidad frente a mera razonabilidad.- II. NOVEDADES TRAS LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO: MÁS ALLÁ DE LA NORMATIVA COMUNITARIA DE SERVICIOS. 1. Fundamentos de la Ley. 2. Modificaciones principales.- III. EPÍLOGO.

---

<sup>1</sup> Esta comunicación se enmarca en las actividades de trabajo que desarrollo como miembro del equipo investigador de la UCLM, del Proyecto: “Constitución y Mercado en la crisis de la integración europea”, DER2013-48327-C3-1-R, correspondiente al Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientados a los Retos de la Sociedad, del Ministerio de Economía y Competitividad español. Sus investigadores principales son José Luis García Guerrero y María Luz Martínez Alarcón. Se trata, a su vez, del proyecto-coordinador de un grupo de tres subproyectos: el ya mencionado, de la Universidad de Castilla-La Mancha, y otros dos más, de la Universidad de Deusto y la Universidad Pablo Olavide.

## **I.- CAMBIO DE PARADIGMA TRAS LA DIRECTIVA DE SERVICIOS: DE REGLA GENERAL A EXCEPCIÓN**

### **1. Consideraciones previas sobre la libertad de establecimiento y la libertad de empresa**

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 (popularmente conocida como Directiva *Bolkestein*) no se refiere explícitamente a la libertad de empresa. Pero, como a continuación veremos, tendrá importantes efectos reflejos sobre la misma. Su objeto es facilitar la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios (art. 1). La diferencia entre una y otra radica en el carácter temporal de la segunda frente al carácter permanente de primera. Así, el titular de la libertad de prestación de servicios presta servicios en un Estado miembro temporalmente, mientras está establecido en otro. Frente a ello, el titular de la libertad de establecimiento, dado el carácter duradero de su actividad, se instala en un Estado distinto del de origen (el Estado de acogida) y se somete plenamente a su ordenamiento, cosa que no sucede con el titular de la libertad de prestación de servicios.

Y ocurre que, a diferencia de las normas sobre libre prestación de servicios, las normas sobre libertad de establecimiento que establece la Directiva –concretamente en su capítulo III (arts. 9 a 15)- afectan también a los propios empresarios nacionales: es decir, en nuestro caso, tanto a los empresarios comunitarios de otros Estados miembros que deseen establecerse en España, como a los empresarios españoles o, mejor aún, a los empresarios ya establecidos en España. No son sólo normas sobre la libertad de establecimiento, sino también sobre la libertad de empresa de los nacionales de los Estados miembros, ámbito hasta ahora dejado en manos de estos.

Las normas de este capítulo III integran el núcleo central de la Directiva y constituyen su aspecto más novedoso. En ellas, para favorecer la libertad de establecimiento, se da un vuelco sustancial al régimen de autorizaciones administrativas previas: a partir de entonces, la regla general será la prohibición de intervenciones autorizatorias previas y la excepción su admisibilidad. Y este cambio sustancial no

distingue entre nacionales o no, con lo que en este punto la norma no solo actúa contra el proteccionismo estatal, sino, según su criterio, contra la excesiva intervención pública en la actividad económica privada.

Esta intromisión de la Directiva en la libertad de empresa interna ha sido criticada: la Directiva desborda el contenido de la libertad de establecimiento invadiendo con ello un terreno de competencia estatal<sup>2</sup>. Pero, como también se ha señalado, para avanzar en el logro de un mercado interior eficaz es posible que no baste con combatir las discriminaciones más o menos encubiertas (o el proteccionismo estatal). Habrá que hacer lo propio con las restricciones desproporcionadas a la libertad económica. En definitiva, el objetivo debe ser la consecución de “un mercado con una dosis razonable de libertad de circulación: mercados cerrados, aunque igualmente cerrados a nacionales y foráneos, frustran el objetivo de establecer esa economía de mercado abierta de libre competencia que proclama hoy el TFUE”<sup>3</sup>.

Profundizando en lo anterior, es cierto que, en principio, lo que el art. 49 TFUE garantiza al nacional de un Estado miembro que desee ejercer una actividad empresarial en el territorio de otro Estado miembro es la igualdad de trato con los nacionales del Estado de acogida en el acceso y en el ejercicio de esa actividad. Pero, también lo es que el Tribunal de Justicia de la Unión ha abierto la puerta a la aplicación de la doctrina de las “medidas indistintamente aplicables” al ámbito de la libertad de establecimiento. En palabras del Tribunal<sup>4</sup>, una medida aplicable indistintamente a cualquier persona o

---

<sup>2</sup> Así, DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., en “La directiva de servicios y la libertad de empresa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 7, 2009, se muestra crítico con la competencia de la Unión Europea para establecer una norma que, a su juicio, va más allá de la garantía de un mercado único, imponiendo un modelo concreto general de ordenación de las actividades económicas.

<sup>3</sup> CIDONCHA MARTÍN, A.: “El impacto de la Directiva Bolkestein sobre la libertad de empresa”, en la obra colectiva dirigida por VICENTE BLANCO, D.-J. y RIVERO ORTEGA, R.: *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Castilla y León, Valladolid, 2010, pág. 252.

<sup>4</sup> STJCE (Gran Sala) de 5-10-2004 (*as. Caixa Bank*, C-442/02). Sobre esta cuestión, *vid.* CIDONCHA MARTÍN, A.: *La libertad de empresa*, Aranzadi, 2006, págs. 163 a 174.

empresa que ejerza su actividad en el territorio del Estado miembro en cuestión, que prohíba, obstaculice o haga menos interesante el ejercicio de la libertad de establecimiento, sólo está justificada si responde a razones imperiosas de interés general, si es adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y si no va más allá de lo necesario para alcanzarlo.

Es probablemente demasiado osado y excesivo mantener que respecto a la libertad de establecimiento la Directiva codifica la doctrina del Tribunal de Justicia, pues la extensión de la doctrina sobre las “medidas indistintamente aplicables” a la libertad de establecimiento está por consolidarse. También es discutible si esta doctrina legitima a la Directiva a llegar donde ha llegado. Pero, indubitadamente, la Directiva parte de ella y la aplica para establecer criterios uniformes sobre los regímenes de autorización, impactando con ello de forma decisiva sobre el contenido de la libertad de empresa del art. 38 de la Constitución<sup>5</sup>.

La Directiva ha sido objeto, principalmente, de una doble transposición legal por el Estado español: 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 una Ley de modificación de leyes estatales sectoriales, 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 (conocida como Ley *Ómnibus*).

## **2. Control de proporcionalidad frente a mera razonabilidad**

Ciertamente, el elemento central de la Directiva y que más incide en la garantía del contenido esencial de la libertad de empresa es el cambio en el régimen de las autorizaciones administrativas. Someter a autorización administrativa previa el ejercicio de una actividad económica es una fuerte limitación de la libertad de empresa, tanto mayor cuanto menos reglada y más discrecional sea. Si la libertad de empresa es una

---

<sup>5</sup> CIDONCHA MARTÍN, A: “El impacto de la Directiva Bolkestein sobre la libertad de empresa”, cit., pág. 253.

libertad, la regla general debe ser libertad y la excepción la autorización previa. Y este es justamente el criterio rector de la Directiva: la regla general es la prohibición de autorización previa para el ejercicio de la libertad de establecimiento. Al respecto, el concepto de la Directiva es un concepto amplio, excediendo la autorización en sentido estricto: por “régimen de autorización” entiende “cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios” (art. 4.6).

Siendo pues la excepción a la regla general, la autorización previa deberá estar justificada para ser válida. Justificación que el art. 9.1 de la Directiva hace depender de tres condicionantes: que el régimen de autorización no sea discriminatorio; que responda a una razón imperiosa de interés general, y que el objetivo perseguido no pueda conseguirse mediante una medida menos restrictiva. En definitiva, no discriminación y proporcionalidad –mutilada- constituirán el canon de control de validez de todo régimen de autorización que excepcionalmente se establezca<sup>6</sup>.

Ello implicará un trascendental cambio de paradigma en el Derecho español, donde la intervención administrativa previa, bajo el prototipo de autorización, era tradicional y normal. El impacto sobre la libertad de empresa es evidente, al reducir la Directiva el ámbito de deferencia al legislador que el Tribunal Constitucional había permitido: se impone el principio de proporcionalidad –aunque mutilado-, frente al principio de razonabilidad utilizado hasta ahora por el Alto Tribunal<sup>7</sup>.

.....

---

<sup>6</sup> CIDONCHA MARTÍN, A: “El impacto de la Directiva Bolkestein sobre la libertad de empresa”, cit., pág. 259.

<sup>7</sup> Como se analiza *ibidem*, págs. 256-257, aunque el Tribunal Constitucional se ha mostrado al respecto poco riguroso y con vacilaciones, muestra una clara tendencia a aplicar un simple test de razonabilidad cuando se enfrenta a la constitucionalidad de medidas limitativas de la libertad de empresa. Así, en la sentencia 66/1991, el Tribunal anuncia y emplea el principio de proporcionalidad mutilado. Por el contrario, en las sentencias 225/1993 (y 264/1993, por remisión a aquélla) y 127/1994, habla de proporcionalidad, pero como sinónimo de razonabilidad. Y en las sentencias 109/2003 y 112/2006, parte de la 66/1991, pero, a diferencia de ésta, en el caso concreto no aplica más que el test de idoneidad, esto es, opera desde la razonabilidad.

Veámoslo un poco más detenidamente. En base al simple test de razonabilidad del Tribunal Constitucional, las únicas limitaciones proscritas a la libertad de empresa serían las arbitrarias: fin constitucionalmente apto para limitar la libertad de empresa sería cualquier fin no prohibido expresamente por la Constitución, siempre que responda a un interés general.

El principio de proporcionalidad, por el contrario, es más riguroso. En su concepción más genuina responde al “test alemán”. Con arreglo a este test, la proporcionalidad se compone de tres subprincipios: en primer lugar, la *idoneidad o adecuación*, en cuya virtud, la intervención en cuestión debe ser adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; en segundo lugar, la *necesidad o indispensabilidad* de modo tal que la intervención deberá ser la más benigna entre todas aquellas que revistan por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto; y en tercer lugar, el subprincipio de *proporcionalidad en sentido estricto*: las ventajas obtenidas mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Cumplidas estas tres exigencias, toda regulación del ejercicio de un derecho fundamental que suponga una limitación al mismo respetará su contenido esencial. Como hemos adelantado, el principio de proporcionalidad de la Directiva es un principio de proporcionalidad mutilado<sup>8</sup>, al estar excluido el último de los subprincipios mencionados: el de proporcionalidad en sentido estricto.

Adicionalmente, la Directiva incluye un conjunto de preceptos que delimitan el control de proporcionalidad, reforzando con ello la regla general de la excepcionalidad de la autorización previa<sup>9</sup>:

-En primer lugar, por lo que respecta al control de *idoneidad*, la Directiva acota la libertad del legislador para establecer razones de interés general aptas para limitar la libertad de empresa: no bastarán cualesquiera. Deberá tratarse de “razones imperiosas de interés general” reconocidas como tales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

---

<sup>8</sup> En expresión de CIDONCHA MARTÍN, A: “El impacto de la Directiva Bolkestein sobre la libertad de empresa”, cit., pág. 255.

<sup>9</sup> Seguiremos el esquema expositivo de CIDONCHA, *ibidem*, págs. 259 a 263.

(art. 4.8 de la Directiva, que incluye algunas de ellas<sup>10</sup>). Ciertamente, se trata de un catálogo amplio y no cerrado a priori, pero que impedirá al legislador español aducir razones incompatibles con ellas. De este modo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión irrumpe en nuestro ordenamiento, y no ya como parámetro de interpretación sino de validez de la intervención administrativa previa<sup>11</sup>.

-En segundo lugar, en lo referido al control de *necesidad*, la Directiva concreta un criterio para justificar cuándo la autorización previa es necesaria: cuando se prevea que un control *a posteriori* sea realmente ineficaz por tardío. La Ley Paraguas concreta aún más: prohíbe la autorización en sentido estricto “cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad” [art. 5.c)]. Y en base a ello ha incorporado a la LRJAPPAC un artículo, el 71 bis, en el que se definen los conceptos de comunicación previa y declaración responsable, añadiéndose que cualquiera de estos actos permitirá, con carácter general, el inicio de una actividad desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas.

Cuando sea posible justificar la necesidad de un régimen de autorización, la Directiva prescribe un conjunto de reglas que acotan la libertad de acción del legislador: entre ellas, la prohibición de limitar la duración de las autorizaciones, salvo excepción justificada (art. 11) o la exigencia de un procedimiento público de selección de candidatos cuando el número de autorizaciones sea limitado debido a la escasez de los recursos naturales o de las capacidades técnicas (art. 12).

---

<sup>10</sup> Art. 4.8: “«razón imperiosa de interés general», razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural”.

<sup>11</sup> CIDONCHA MARTÍN, A: “El impacto de la Directiva Bolkestein sobre la libertad de empresa”, cit., pág. 260.

La Directiva también exige que las autorizaciones, con independencia de quien las conceda<sup>12</sup>, sirvan para ejercer la actividad en cuestión en la totalidad del territorio nacional, salvo que una razón imperiosa de interés general justifique su limitación a una parte específica del territorio (art. 10.4). Ello implica una relevante repercusión en un Estado descentralizado como el nuestro, en el que las Comunidades Autónomas tienen capacidad de intervención en sectores económicos importantes, como el comercio interior.

-En tercer y último lugar, la Directiva establece, por una parte, la prohibición absoluta de algunos requisitos que se consideran directamente restrictivos de la libertad de establecimiento (art. 14, incorporado al art. 10 de la Ley Paraguas) y, por otro, una relación de requisitos potencialmente restrictivos, pero que pueden establecerse siempre que el Estado miembro acredite, tras someterlos a evaluación, que son proporcionados y no discriminatorios (art. 15, incorporado al art. 11 de la Ley Paraguas).

## **II. NOVEDADES TRAS LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO: MÁS ALLÁ DE LA NORMATIVA COMUNITARIA DE SERVICIOS**

### **1. Fundamentos de la Ley**

La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (en adelante LGUM) entronca de manera muy directa tanto con la Directiva 2006/123, sobre los servicios en el mercado interior, como con la Ley 17/2009, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Paraguas). También con la Directiva 2005/36, sobre cualificaciones profesionales. La diferencia esencial frente a las dos primeras radica en su ámbito de aplicación, ya que la LUGM se aplica a todas las

---

<sup>12</sup> Artículo 10.7: “La Directiva no cuestiona el reparto de competencias locales o regionales de las autoridades del Estado miembro habilitadas para conceder dichas autorizaciones”.

actividades económicas, inclusive las que no son actividades de servicios, y también a los servicios excluidos de la Directiva Bolkestein.

El mercado al que se refiere la LGUM no es el mercado comunitario, sino estrictamente el mercado español. A diferencia del proceso de construcción del Mercado Interior de la Unión Europea, la LGUM pretende garantizar la unidad del mercado nacional español, cuya existencia es ya una premisa básica de partida de la Constitución española, evitando o minimizando las distorsiones que puedan derivarse del fenómeno autonómico. En cualquier caso parece evidente que la nueva normativa, al favorecer la unidad de mercado nacional, afectará positivamente también a la propia construcción del mercado interior a nivel europeo, pues un mejor funcionamiento del mercado único español tendrá un efecto positivo sobre el desarrollo de aquél.

La LGUM pretende responder a una realidad que se estima contraria al buen funcionamiento del sistema económico del Estado español. Según su Exposición de Motivos, pese a las medidas adoptadas en garantía de la efectividad del principio de unidad de mercado, se constata que la fragmentación subsiste dentro del mercado español, lo que se traduce en un elevado coste que dificulta considerablemente la actividad empresarial.

La memoria económica del proyecto de ley, de la que da cuenta el dictamen del Consejo de Estado, concluye que existe una evidencia empírica suficiente para afirmar que la actividad regulatoria en las Comunidades Autónomas españolas tiene costes en términos de bajo crecimiento de la productividad y, por ende, de crecimiento económico. Y cuantifica en un crecimiento adicional anual del PIB del 0,15% durante los diez siguientes años a la adopción de medidas reductoras de cargas. También se simula un impacto de la profundización en la unidad de mercado sobre las principales variables macroeconómicas, calculándose un aumento del trabajo productivo del 2,07% respecto del empleo total.

La ley responde también a las exigencias comunitarias que en los últimos años vienen determinando el contenido de las reformas legislativas españolas en materia de regulación de la actividad económica. En este sentido cabría mencionar el Documento de Trabajo para los Servicios de la Comisión titulado: “Evaluación del programa

nacional de reformas y del programa de estabilidad española 2013” de 25 de mayo de 2013. En el mismo se advierte que “en el ámbito de la competencia en los mercados de productos y servicios el avance se está demorando más de lo previsto en el plan de reforma de septiembre de 2012, a pesar de que las deficiencias en el entorno empresarial (por ejemplo la segmentación del mercado interior español y los obstáculos a la entrada en el sector de los servicios) frenan también la creación de empleo”. Citándose concretamente el retraso en la aprobación del Anteproyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. En este mismo documento, en su apartado “Retos”, punto 2.2, se señala que “las deficiencias en el entorno empresarial (por ejemplo, la segmentación del mercado interior español, los obstáculos a la entrada en el sector de servicios, la falta de eficiencia del sistema judicial) reducen también las posibilidades de competencia en el mercado y frenan la creación de empleo”. A continuación, en el punto 3.4, se analiza detalladamente el contenido del Anteproyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado afirmándose que se trata de “una ley ambiciosa sobre la unidad del mercado que será un paso fundamental para mejorar el entorno empresarial y la competencia, puesto que facilitará el establecimiento y la circulación de bienes y servicios en todo el territorio español y simplificará los requisitos referentes a la obtención de licencia de actividad”.

En la misma fecha se aprobó la Recomendación del Consejo relativa al programa nacional de reformas de 2013 en España (COM-2013, 359 final). En su parte expositiva, nº 15 se apunta que “las deficiencias del entorno empresarial, tales como la segmentación del mercado interno o las barreras de entrada en el sector de los servicios, frenan la creación de empleo”, y a continuación, nº 17, que “la estructura administrativa altamente descentralizada precisa de una coordinación reforzada entre las distintas administraciones públicas”. Y ya en la parte dispositiva, la recomendación número siete señala que “debe aprobarse y aplicarse urgentemente el proyecto de ley de garantía de la unidad de mercado y acelerar todas las acciones complementarias necesarias para su pronta aplicación”.

A nivel interno también se exigía la aprobación de una ley en garantía de la unidad de mercado. El informe CORA indicaba como una de las líneas de actuación la necesidad de emprender reformas estructurales “que aporten flexibilidad y competencia,

ayuden a contener los márgenes y costes empresariales, mejoren la calidad de los factores productivos y faciliten la asignación de recursos hacia los sectores más competitivos. Entre ellas, deben destacarse la reforma laboral, la reforma educativa y la ley de garantía de la unidad de mercado”. Más adelante, en la página 56, se refiere al proyecto de ley en cuestión del siguiente modo: “La ley de garantía de la unidad de mercado que se enviará a las Cortes el mes de julio persigue la simplificación de trabas administrativas para el acceso y ejercicio de las actividades económicas en las diferentes Comunidades Autónomas y la libre circulación de bienes y servicios en todo el territorio nacional. La ley está basada en la confianza mutua y en la responsabilidad de todas las administraciones mediante la colaboración *ex ante* y *ex post* para el control y supervisión. La ley aborda mecanismos de cooperación entre administración públicas para la elaboración de proyectos normativos con objeto de preservar la coherencia de los mismos”<sup>13</sup>.

La presión, pues, comunitaria y del sector empresarial culminaron con la aprobación con notable rapidez de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre de Garantía de la Unidad de Mercado.

La Ley, según su art. 1º, tiene por objeto establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional: garantizar la integridad del orden económico y facilitar el aprovechamiento de economías de escala y alcance del mercado mediante el libre acceso, ejercicio y la expansión de las actividades económicas en todo el territorio nacional garantizando su adecuada supervisión, de conformidad con los principios contenidos en el art. 139 de la Constitución.

El legislador se justifica, en su Exposición de Motivos, en los principios comunitarios de libertad de servicios y de establecimiento, en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior 123/2006, en el principio comunitario de

---

<sup>13</sup> Resumen de la fundamentación de la Ley al que se refiere TORNOS MAS, J.: “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*, nº 19, abril 2014, págs. 144 a 147. *Vid.* también al respecto ORTIZ AGUILAR M.: “El mercado interior doméstico dentro del mercado único de la Unión Europea en la estrategia para el crecimiento económico”, *ICE: Revista de Economía*, nº 871, 2013.

reconocimiento mutuo, y en la jurisprudencia comunitaria dictada en relación con estos principios y, de modo principal, en el principio de unidad de mercado del art. 139 de la Constitución, para adoptar una nueva regulación de las condiciones de acceso a las actividades económicas y a su ejercicio, corrigiendo la realidad de un mercado excesivamente fragmentado desde el punto de vista normativo.

Ciertamente, la LGUM tiene su precedente y manifiesta y principal inspiración en la Directiva de Servicios: de ella derivan su terminología, sus principios y parte de sus concreciones. Sin embargo, va más allá<sup>14</sup>. En primer lugar, al desbordar ampliamente su ámbito material, al incluir a todas las “actividades económicas en condiciones de mercado” (art. 2) y, por tanto, también a las de elaboración y comercialización de productos. Ya no es solo, pues, realización de la libre circulación de servicios, de todos, incluso los que no quedaron afectados por la Directiva comunitaria de Servicios, sino también de la de mercancías. Y también por adoptar soluciones más drásticas, más próximas a la propuesta inicial del Comisario Bolkestein que posteriormente fue moderándose. Inspiración, pues, no reñida con originalidad, al variar, en no pocas ocasiones, la significación y función de los términos y principios de la Directiva de Servicios construyendo algo distinto, novedoso y no exento de polémica, del que dan cuenta cuatro recursos de inconstitucionalidad<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> El juicio de aplicación extensiva de la Directiva 123/2006, como ínsito en esta Ley, está generalizado en la doctrina. Entre otros: REBOLLO PUIG, M.: “La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. En especial, los principios de necesidad y de eficacia nacional y su repercusión sobre las Comunidades Autónomas”, [idpbarcelona.net/docs/intranets/unidadmercado\\_2014.docx](http://idpbarcelona.net/docs/intranets/unidadmercado_2014.docx), pág. 2; TORNOS MAS, J., cit., págs., 148-149; y RANCAÑO GILA, A.: “La transposición de la Directiva de Servicios por el Estado español y por la Comunidad Autónoma de Andalucía”, en la obra colectiva coordinada por MARTÍNEZ GARCÍA, J.I. y GRANADOS RODRÍGUEZ, J.F.: *La trasposición de la Directiva de Servicios: licencias, autorizaciones ambientales, comunicaciones previas y declaraciones responsables*, CEMCI, Granada, 2015, págs. 135-136, La misma opinión se sostiene en diversos capítulos de la obra colectiva dirigida por ALONSO MAS, M.<sup>a</sup> J.: *Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014.

<sup>15</sup> Primero, el promovido por el Parlamento de Cataluña nº 1397-2014, contra los arts. 14.2 y, por conexión, 23.2; 16; 17; 18 y, por conexión, 5 y disposición final 2<sup>a</sup>; 19; 20; 26.5; 27 en relación con la disposición final 1<sup>a</sup>.3; disposición final 3<sup>a</sup>.1 y por conexión 2 y disposición final 4<sup>a</sup>. Segundo, el del Gobierno de Cataluña nº 1411-2014, contra los arts. 5; 6; 14.2; 16; 17; 18; 19; 20; 23; 26.5; 27; disposición adicional 10<sup>a</sup>; y

El esquema regulatorio de la Ley se apoya en cuatro pilares fundamentales: primera, la ampliación de los supuestos en que el control administrativo de las actividades privadas de carácter económico no podrá ser preventivo ni podrá apoyarse, por tanto, en autorizaciones o licencias. Segunda, la extensión de la eficacia de los actos administrativos, o de las comunicaciones dirigidas a una concreta autoridad, a todo el territorio nacional, aun en el supuesto de que las decisiones provengan de entidades infraestatales. Tercera, el fomento de la cooperación interadministrativa al servicio del cumplimiento de la Ley. Y cuarta, la introducción de un conjunto de garantías administrativas y jurisdiccionales para corregir la actuación de los poderes públicos que se estime contraria a las libertades de establecimiento o circulación.

## **2. Modificaciones principales**

Centrándonos ya en el objeto principal de nuestra comunicación, o sea, el régimen de autorizaciones previas, el art. 17 LGUM admite siempre las autorizaciones cuando el número de operadores económicos sea limitado “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” (art. 17.1.c).

Para el resto de los casos, distingue según se trate del puro acceso a la actividad económica o de la instalación e infraestructura física correspondiente. La autorización de la pura actividad económica sólo se podrá exigir "por “razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad”. La autorización para la instalación o infraestructura física necesaria para la actividad económica sólo se podrá exigir “cuando sean susceptibles de causar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad y la salud y el

---

disposiciones finales 1ª, 2ª, 3ª y 4ª. Tercero, el interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía nº 1454-2014 contra los arts. 6; 14.2; 17, último inciso del párrafo primero y letras a) a d); 18.2, letras b) a f); 19; 20; 21.2 y 3; 23.2; 26; 27; disposición adicional 10ª; y disposiciones finales 1ª, 2ª y 4ª. Y cuarto, el promovido por el Gobierno de Canarias nº 5437-2014, contra los arts. 6, 19 y 20.

patrimonio histórico-artístico”. De modo que, como fácilmente puede apreciarse, desaparecen como causas justificativas de las autorizaciones muchas de las razones imperiosas de interés general reconocidas por el Tribunal de Justicia: la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos de los consumidores, de los destinatarios de los servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la propiedad intelectual e industrial, los objetivos de la política social y cultural... Todo esto puede justificar otras restricciones a las libertades económicas, pero no su sometimiento a autorización<sup>16</sup>.

Y esto no lo imponía el Derecho europeo, ni siquiera tras la Directiva de Servicios. Tampoco la Ley 17/2009 (Ley Paraguas). De hecho, la LUGM modifica ésta para adecuarla a su regulación. El cambio es manifiesto. Con anterioridad, el art. 5.b) de esta Ley establecía que se podía someter una actividad de servicios a autorización cuando hubiera “necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general”. Tras su modificación por la LUGM la nueva redacción es la siguiente: “necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente, o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos del mercado”. O sea, se restringen las “razones imperiosas de interés general”.

Pero no solo se estrecha el cerco a la admisibilidad de las autorizaciones previas, sino que la LGUM da un paso más y somete igualmente de manera expresa a condiciones de necesidad y proporcionalidad, aunque más livianas, el establecimiento de declaraciones responsables y de comunicaciones. Y ello porque parte de la premisa de que la carga de presentación de una declaración responsable o comunicación supone también una limitación a la libertad de empresa. A estos efectos se rescata el concepto de razón imperiosa de interés general. Más concretamente, entiende que concurren dichos principios para exigir la presentación de una declaración responsable para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, o para las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas, “cuando en la

---

<sup>16</sup> REBOLLO PUIG, M., cit., pág. 10.

normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general y sean proporcionados” (art. 17.2).

En coherencia con ello, la LGUM modifica las previsiones del art. 7.3.b) de la Ley Paraguas, introduciendo límites a la posibilidad de someter “establecimientos físicos” a declaración responsable: “Podrá exigirse una declaración responsable para cada establecimiento físico cuando en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por una razón imperiosa de interés general”<sup>17</sup>.

Centrémonos ahora en la técnica de la comunicación. La LGUM entiende que concurren los principios de necesidad y de proporcionalidad para exigir la presentación de una comunicación previa cuando, “por alguna razón imperiosa de interés general, tales autoridades precisen conocer el número de operadores económicos, las instalaciones o las infraestructuras físicas en el mercado” (art. 17.3). En parecidos términos, aunque con matices, la Ley Paraguas, tras la modificación realizada por la LGUM, permite exigir ahora una comunicación cuando “por razones imperiosas de interés general” las autoridades “deban mantener un control sobre el número o características de las instalaciones o de infraestructuras físicas en el mercado” (art. 7.3).

Más allá de los detalles y las dudas que estos preceptos suscitan, lo importante es retener que tras la LGUM, el principio de necesidad se proyecta también de forma expresa sobre estas cargas formales más modestas concebidas tras la Directiva de Servicios como alternativa a las autorizaciones, cercando con ello las alternativas posibles del legislador<sup>18</sup>.

Por otra parte, en línea con la Directiva, y según el art. 20.1 LGUM, tanto las autorizaciones previas como las declaraciones responsables y las comunicaciones tendrán, como norma general, plena eficacia en todo el territorio nacional, sin necesidad

---

<sup>17</sup> Esto es un reflejo del ámbito de aplicación más amplio de la LGUM, referida a la libre circulación de servicios no incluidos en la Ley Paraguas, el libre establecimiento de otras actividades económicas o a la libre circulación de bienes o productos.

<sup>18</sup> En este sentido REBOLLO PUIG, M., cit., págs.11-12; y PERNAS GARCÍA, J.J.: “El principio de necesidad y de proporcionalidad en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, en la obra colectiva dirigida por ALONSO MAS, M<sup>a</sup> J.: *Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, cit., págs. 459 a 462.

de que el operador económico realice ningún trámite adicional o cumpla nuevos requisitos. No obstante, según el apdo. 4º de este mismo artículo: “el principio de eficacia en todo el territorio nacional no se aplicará en caso de autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones vinculadas a una concreta instalación o infraestructura física”. Principio de eficacia nacional polémico donde los haya desde la perspectiva de la posible vulneración constitucional del ámbito competencial propio de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, al establecer una nueva relación interordinamental no prevista en la Constitución. Y que sólo enunciarnos, pues su análisis detenido desbordaría con creces los márgenes posibles de esta comunicación.

### **III. EPÍLOGO**

En la última década el principio proporcionalidad ha sido positivizado en diversas normas centrales de nuestro ordenamiento jurídico, como parámetro de control de discrecionalidad administrativa en el ejercicio de potestades reglamentarias y autorizatorias, por influencia de la jurisprudencia del TJUE y del Derecho comunitario derivado de liberalización de la actividad económica. Entre ellas la LGUM. No obstante, esta última resulta más restrictiva con las posibilidades de establecer limitaciones al acceso a las actividades económicas y a su ejercicio, que lo previsto en la Directiva de servicios y en la jurisprudencia del TJUE.

La LGUM retoma el proceso de revisión normativo puesto en marcha en su día por la Ley Paraguas, en transposición de la Directiva de Servicios, con un ámbito de aplicación más amplio, extendido a todas las actividades económicas, y una superior intensidad liberalizadora, de forma que el principio de necesidad y proporcionalidad adquiere mayor rigor en su papel de parámetro de revisión de los regímenes jurídicos autorizatorios de la legislación sectorial.

Corren buenos tiempos para la libertad de empresa. La LGUM es más severa que la Directiva de Servicios y la Ley Paraguas con la posibilidad de imponer autorizaciones previas. El tiempo dirá si ha incurrido en demasiados excesos respecto del necesario

equilibrio entre libre circulación económica y protección del interés general que razonablemente alcanzó la Directiva de servicios.