

SOBRE LA UNIDAD DE MERCADO.

A propósito de la S.T.C. de 22 de junio de 2017.

Jose María De la Cuesta Rute
Cat. Em. Derecho Mercantil UCM

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de junio de 2017 (STC) que es objeto del presente comentario declara parcialmente la inconstitucionalidad de la Ley estatal (LGUM) destinada a garantizar la unidad del mercado en todo el territorio español a fin de minorar las consecuencias de fragmentación que sobre el mismo producen las distintas regulaciones autonómicas.

En el trabajo se encara, en primer lugar, el sentido de la relación entre mercado y los poderes públicos, que no se establece ni se determina desde sus orígenes a causa de la intervención pública de la economía. El robustecimiento progresivo del Estado y el afianzamiento de la noción de soberanía lleva a las comunidades humanas, distintas en cuanto que cada una se somete a la potestad de un Estado diferente, a cerrarse sobre sí mismas y, en consecuencia, al acantonamiento de los mercados nacionales, pero también cabalmente al fenómeno inverso de la internacionalización de los mercados, al ensanchamiento de sus espacios y, en última instancia, a su “globalización”. La intervención pública de la economía obedece a una línea propia de afirmación y desarrollo del poder y la soberanía que desde luego deriva igualmente de la insaciable arrogación de potestad por parte de los poderes públicos en invocación por ellos mismos de un interés general o público.

La diversificación de los centros desde los que se ejerce la soberanía según nuestra Constitución y que se enuncia bajo la atribución de competencias a distintas Administraciones determina que desde distintos criterios sea posible determinar a cuáles de los órganos de esas Administraciones les está reservada la potestad de intervenir en el mercado y con qué alcance. Ese es, en definitiva, el problema que dirime la STC.

En el trabajo se analiza cómo, según la Sentencia, la igualdad en el ejercicio de los derechos de todos los españoles se subordina, de hecho, en materia de actos económicos a las potestades administrativas de

intervención. La cuestión se propone en relación a si el concepto de unidad de mercado que se acredita como suficiente a partir de los espacios de los Estados Ha de serlo igualmente en nuestro caso por la organización del Estado de las Autonomías. Especialmente se atiende al tratamiento que, según el TC, debe suministrarse al “principio de unidad nacional”, que implica la LGUM, así como al “principio de territorialidad” que preside la Constitución. No será posible concluir otra cosa que la unidad no ha de ser algo inherente al mercado para su debido tratamiento jurídico porque, en cambio, deberá entenderse del modo que se deduzca de la interpretación de las normas sobre intervención pública de la economía.

Palabras clave: mercado, unidad de mercado, competencias, territorialidad, igualdad de derechos.

SUMARIO: 1. Ideas previas.- 2. Mercado y Estado.- 3. La intervención pública de la economía.- 4. La unidad de mercado y la intervención pública de la economía.- 5. La fragmentación del mercado nacional. 5.1. La unidad de mercado y la Constitución española. 5.2. La unidad de mercado y la Ley de Garantía de la Unidad de mercado.- 6. La unidad de mercado en la Sentencia del Tribunal Constitucional. 6.1. Los límites competenciales de los órganos del Estado respecto de la materia económica. 6.2. La unidad de mercado y la consideración unitaria de las acciones de producción y de servicios. 6.3. El “principio de eficacia nacional”. 6.4. El “principio de territorialidad”.- 7. Conclusiones. 7.1. Sobre la unidad del mercado nacional. 7.2. La unidad de mercado como resultado de la interpretación de normas competenciales. 7.3. Conclusión general.

1.- Ideas previas.

Con fecha 22 de junio de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional (TC), por unanimidad y siendo Ponente Doña Encarnación Roca Trías, ha dictado sentencia, parcialmente estimatoria, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra diversos preceptos de la Ley (estatal) 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM).

En su virtud, y sin perjuicio de otros pronunciamientos que no son relevantes al objeto del presente comentario, se declaran nulos por inconstitucionales: los arts. 18.2.b), c) y e), 19 y 20 de dicha Ley así como su Disposición Adicional Décima.

Cualquier tema relativo al mercado es ya en sí merecedor del mayor interés dado que el mercado es el centro del sistema económico que establece la Constitución (CE) y no puede dudarse de la importancia que tiene para nuestras vidas su propia dimensión económica. La cuestión de la unidad de mercado es tanto más importante además porque, supuesta la intervención pública de la economía, involucra, a su vez, el sistema de atribución o reparto, entre los órganos de la estructura del Estado central y de las Comunidades Autónomas (CCAA), de competencias relativas al ejercicio de actividades que cursan según procesos de mercado; *i.e.* involucra, en definitiva, la forma de organización de nuestro Estado según

la CE. De esto tratan la Ley recurrida y la Sentencia que resuelve sobre su constitucionalidad.

Aun con los matices que cabría establecer, y a los que se alude indirectamente en este trabajo, el artículo 38 CE instauro entre nosotros el sistema de economía de mercado. De acuerdo con los economistas más solventes, el mercado es el proceso permanente, es decir, nunca acabado, según el que cursan las acciones de intercambio que, gracias a la mediación del dinero, se pueden referir tanto a las cosas, sean de consumo o materias primas o componentes, recursos, en suma, como a los servicios. El proceso abarca, pues, tanto a las acciones de consumidores y de los empresarios que las secundan como asimismo a las dirigidas a la organización de la empresa en su caso, dado que la empresariedad es la forma propia de operar según el proceso de mercado por parte de quienes producen o distribuyen los bienes y servicios, puesto que solo del mercado son deducibles los precios que son fuente de la información necesaria para efectuar el cálculo económico determinante de la acción de coordinación y de ajuste que define al empresario.

Vistas así las cosas, se puede decir que, el núcleo del sistema de mercado lo constituye la libertad; libertad, respecto de la determinación de efectuar todo acto, ya sea de intercambio de bienes de consumo o ya se dirija a la organización de una empresa; y libertad también tanto para realizar o no el acto como para elegir las condiciones y circunstancias de su realización.

A efectos, pues, de la noción del mercado no es necesario atenerse a ninguna nota que lo caracterice por las circunstancias espacio-temporales en que se desenvuelva el proceso en que el mercado consiste; esto es, en el orden nocional del mercado no se hace ninguna referencia a nada relativo a la dimensión del mercado, lo que, por otra parte y de un lado, no significa, que dicha noción no presuponga una determinada comunidad humana, como tampoco, de otro, es óbice para reconocer que, desde el punto de vista de su funcionalidad económica y, por tanto, de su eficiencia, cuanto más amplio sea el concreto ámbito espacio-temporal de referencia del mercado, mayor será el número de actos que cursen según el mismo proceso y, consiguientemente, mejor información proporcionará y mayores serán las oportunidades de que resulte acertado el cálculo

económico dirigido al ajustamiento de la acción a la realidad; y no se olvide que ese acierto favorece a todo quien participa en el mercado cualquiera sea su concreta posición respecto de la operación de que se trate, de modo que, en último término, favorece a todos los miembros de la comunidad que el mercado tenga como referencia. De la eficiencia del mercado son beneficiarios, por seguir la terminología hoy tan boga, los consumidores y los trabajadores tanto como los empresarios, ya sean considerados éstos dispensadores de bienes y servicios o ya sean considerados empleadores.

Aun cuando la eficiencia del mercado sea una nota de naturaleza económica, como económica es la naturaleza misma del mercado, es claro que es cuestión que no puede ser ajena a una consideración jurídica acerca de la unidad del mercado pues que el derecho versa sobre realidades pre-jurídicas cuya naturaleza no puede desconocer precisamente por su esencial función de servir a la vida del hombre. A la eliminación de obstáculos que se oponen a la eficiencia del mercado responde la LGUM en cuanto que se dirige a evitar su “fragmentación”, como proclama la propia Exposición de Motivos de la Ley.

De acuerdo con el contenido de la LGUM, se ha de concluir, en primer lugar, que ésta presupone la unidad del mercado por lo que se refiere a la comunidad nacional y, en segundo término, que considera fragmentado ese mercado a causa de la diversidad de regulaciones que inciden sobre él por proceder de órganos integrados en las distintas estructuras configuradoras de la organización territorial propia del Estado de las Autonomías establecido en la CE. Es en parte esa fragmentación del mercado la que pretende evitarse mediante la LGUM. Puesto que la diversidad de regulaciones deriva de las competencias orgánicas atribuidas por la CE y, en su caso, por los respectivos bloques de constitucionalidad, al Estado y a las CCAA, es claro que, al evitar la fragmentación del mercado nacional, que debe ser unitario en razón de su eficiencia, la LGUM afecta al orden constitucional relativo a aquellas competencias orgánicas y, por lo tanto, a la organización territorial misma del Estado Autonómico.

Consiguientemente, de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) que motiva el presente comentario se ha de deducir doctrina sobre el sentido que, según la CE, cabe atribuir a la unidad de mercado de acuerdo con

nuestro sistema constitucional. Pero, igualmente, en la medida en que esa doctrina se oponga a la realidad mercado y a su finalidad al servicio del hombre a causa de lo dispuesto sobre la organización del Estado de las Autonomías, de ella habrá de deducirse una crítica al modo en que se propone positivamente por nuestra Constitución la descentralización del Estado.

2.- Mercado y Estado.

Si bien, como antes digo, la noción de mercado no se referencia a nada que pueda representar ningún alcance espacio-temporal, esa noción sin embargo sí presupone que, según el proceso de un mismo mercado cursan las acciones de un grupo humano; y es el ámbito que define esa comunidad el que también define el alcance propio de ese mismo mercado. En realidad, pues, en último término el mercado teóricamente se perfila en relación a la comunidad humana universal –piénsese en el fenómeno de la “globalización”-, pero lo cierto es sin embargo que, de hecho, las diferencias entre comunidades distintas por la respectiva organización política de cada una se proyectan sobre la determinación de la dimensión del mercado en que sus miembros operan. Establecida la nación como unidad política de quienes, participando de una serie de valores culturales de diferente significación, conviven en un mismo territorio y se organizan política y jurídicamente en Estado, resulta ser la “comunidad nacional” el prototipo de las agrupaciones humanas determinante de la dimensión o tamaño del mercado. A este modelo responde la LGUM.

Por otra parte, los vínculos entre el mercado y el Estado no tienen por qué tener otra consecuencia que no sea la de proyectarse para marcar idealmente los límites espaciales del primero mediante el recurso a la comunidad sometida a las potestades de un mismo Estado. Pero las tendencias totalizadoras propias de la organización que constituye el Estado moderno hacen de él referencia incluso para las circunstancias en que han de desenvolverse las acciones económicas de sus ciudadanos. De ahí que sea la sujeción a un mismo poder político, al mismo Estado, el factor determinante de la comunidad humana que es el referente de la condición unitaria de un mismo mercado; los límites del mercado nacional se perfilan mediante el acto de soberanía consistente, ante todo, en la imposición de un régimen aduanero y arancelario. Pero debe advertirse

que esta definición de los perfiles del mercado unitario se produce respecto de un mercado global, y a causa de la distinción entre naciones y Estados nacionales; de ahí que la supresión de aranceles y de aduanas haya de producirse en virtud de Tratados internacionales, Tratados que hasta dan lugar a la creación de organizaciones de ese mismo nivel destinadas a velar por su cumplimiento por los Estados que los suscribieron.

Es innegable que el vínculo entre mercado y poder político tiene, desde ese punto de vista, un sentido limitado. Pero en ese limitado sentido el vínculo se patentiza, desde sus orígenes medievales, en el desarrollo histórico del “capitalismo comercial”, que se caracteriza cabalmente por hacer del mercado el centro del sistema según el que se desarrolla la actividad económica, que en aquel entonces se limitaba al comercio. Es al hilo de esta actividad como por cierto aparece y se desarrolla el llamado significativamente derecho *mercantil*, cuya consolidación culmina con la consagración de la nación, entendida como concepto pre-político, cuya organización político-jurídica es cabalmente el Estado. A partir de ese momento, se distinguirá la comunidad nacional de la internacional a efectos incluso de reconocer a una y a otra como presupuesto de la dimensión de dos distintos mercados: el nacional y el internacional. Pero, y es lo que aquí interesa más subrayar, es a partir de aquel mismo momento cuando el derecho mercantil se puede decir que se “nacionaliza”. Que sea posible hablar de “un” mercado internacional –hoy todavía más ilustrativo es el uso de la expresión “globalización” de los mercados- o que se pueda considerar constituido “un mercado interior” – como en el caso de la Unión Europea- pese a que su dimensión no tenga correspondencia con ningún Estado, acredita hasta cierto punto la autonomía del mercado, como institución económica que es, respecto del poder político y de la configuración jurídica de éste, pero, al mismo tiempo, confirma que esa autonomía conceptual no significa que su efectivo desenvolvimiento sea por completo ajeno al Estado pues que el mercado “global” o el mercado “interior” o “común” o “único” tienen siempre como presupuesto un Tratado internacional.

En el orden conceptual, que debe preservarse y ser considerado en la actualidad la relación entre el mercado y el Estado no tiene otra significación distinta a la demarcación de la dimensión espacial del mercado. Sin embargo no puede dudarse que, como ya se ha dicho, de

hecho, y como un desarrollo más de la moderna concepción de soberanía, aquella relación acaba por traducirse en que el Estado, es decir el poder soberano, se proyecte sobre el propio mercado estableciendo un vínculo de sumisión del mercado al Estado. Y con mayor justificación es así a partir del reconocimiento y de la práctica de la intervención de la actividad económica por el Estado por razones supuestamente políticas (de “política social”) y no menos supuestamente de justicia (de “justicia social”).

Pero como consecuencia de estos desarrollos políticos, aun partiendo de la perspectiva más neutral, esto es, menos intrusiva, del Estado en la actividad económica de los ciudadanos, aun en ese caso la relación entre ambas instituciones será de sumisión del mercado al Estado puesto que, de conformidad con la actual doctrina política dominante, la soberanía que a aquél le es inherente le legitima para establecer las condiciones que, por hacer posible la existencia del propio mercado, se suelen considerar integrantes de su llamado “marco institucional”; piénsese que la soberanía del Estado alcanza a definir qué sea derecho y a configurar las instituciones jurídicas que, como la defensa de la propiedad, la obligatoriedad del contrato y el deber de responder del daño inferido al otro, son presupuestos indefectibles para que, en la comunidad de que se trate, las acciones de intercambio puedan cursar según los procesos que son de esencia del mercado.

En este punto considero conveniente efectuar la siguiente observación para evitar posibles equívocos. El pensamiento propio del anarcocapitalismo o de los *libertarios*, que no, *stricto sensu*, liberales, desenvuelto por quienes considero los más competentes y convincentes economistas y que, modestamente, comparto, parece rechazar la idea que subyace a la expresión “marco institucional del mercado”. Pero, en mi opinión, bien miradas las cosas, esto no es así; los autores a que me refiero no rechazan aquella idea, sino la de que el referido “marco” haya de resultar definido precisamente por el poder político soberano que se conoce por Estado. Que las instituciones jurídicas han de ser pilares del mercado creo que nadie lo discute ni podría discutirlo; no es impertinente recordar aquí cómo precisamente la rama del derecho que llamamos mercantil por la conexión de sus instituciones con el sistema económico capitalista que se originó en torno al comercio en la Baja Edad Media se afirma al “nacionalizarse” como emanación del Estado nacional; y en

aquellos momentos del proceso histórico aún estaba muy lejos cualquier pretensión intervencionista *stricto sensu*.

Entiendo, pues, que si el pensamiento anarco-capitalista rechaza que el Estado sea el llamado a establecer el “marco institucional del mercado” es porque, con independencia de la consideración no estatista del derecho de la que se parte, de esa tarea del Estado se ha seguido, y se puede continuar siguiendo, el fenómeno de la intervención pública de la actividad económica que, por su oposición a la libertad que ha de presidir esa actividad para que resulte eficiente al par que eficaz, excluye *de facto* el juego del mercado pese a que por la mera apariencia de cómo se realizan los actos de cambio se sostenga que subsiste el sistema de mercado; como si un sistema de intervención pública, que implica coerción, fuese en algún sentido y proporción compatible con un sistema de libertad como es el de mercado; pensar en la coexistencia de ambos sistemas implica concebir el mercado como un *locus* y no como un *processus*.

Volviendo a nuestro tema, podemos concluir que la cuestión de la unidad se predica tanto respecto del mercado nacional, es decir, delimitado por las fronteras del Estado como fuera de los casos en que ni siquiera esa unidad tiene ninguna referencia a las políticas “nacionales” de ningún Estado; y esto segundo porque, en virtud de Tratados internacionales o por encontrarse integrado el Estado en organizaciones como la Unión Europea, ningún Estado someterá, dentro de su territorio, las acciones económicas a barreras para acceder y para salir del curso del proceso constitutivo del mercado consistentes en aranceles o derechos aduaneros.

En consecuencia, la cuestión central para nosotros ha de consistir en determinar si, a causa de la forma de organización de nuestro Estado la unidad de mercado se ha de definir de la misma manera y con las mismas consecuencias que en los casos en que el mercado se extiende por varios territorios de distintos Estados. La respuesta a la cuestión planteada exige que nos detengamos en las consideraciones siguientes.

3.- La intervención pública de la economía.

La experiencia avala la consideración de que la intromisión estatal en la actividad -o sea, en los actos o las acciones- de índole económica no se detiene en delinear simplemente el “marco institucional” del mercado,

sino que se extiende hasta alcanzar el proceso mismo en que el mercado consiste, esto es, se extiende a circunstancias que atañen a la efectiva realización de los actos o acciones en que se traduce la actividad económica *stricto sensu*.

Por lo demás, la sumisión del mercado al Estado se produce deliberadamente desde el momento que la intervención del Estado en la actividad económica se justifica con el pretexto de procurar el *bienestar* de todos. El supuesto bienestar es cosa que, como puede predicarse de tantas otras en la actualidad, no pasa de ser un mero disfraz destinado a encubrir –y, por desgracia, con éxito– el verdadero motivo de la intervención, que no es otro que la insaciable arrogación de potestad por parte del Estado para llegar a alcanzar sin excepción todas las vertientes de la vida que corresponde vivir a las personas. Sin que sea éste momento de extenderse sobre la cuestión, por lo demás tan fecunda en perniciosas consecuencias, debemos contentarnos ahora con señalar que, a efectos de legitimar en cada caso la arrogación de potestades, se invocará por el órgano de turno un “interés público” o un “interés general”, que, por supuesto, nadie más define ni nadie más controla sino quien disfruta del poder del órgano en cada momento que queda legitimado para ello en vista de la supuesta representación con que actúa. Vuelve a hacerse presente en nuestro caso la influencia de la doctrina política dominante.

Los invocados y distintos “intereses” que el Estado afirma que se considera obligado a defender por demandarlo así la –misteriosa– *justicia social* le habilitan incluso para, traspasando los límites del repetido “marco institucional”, penetrar con sus mandatos y exigencias en el mismo proceso constitutivo del mercado, que, en consecuencia, queda artificial y supuestamente racionalizado según diseño que puede considerarse que es fruto, en cierto sentido al menos, de una tarea planificadora del Estado. Nótese que la idea de planificación de la economía, pese a evocar abominables regímenes políticos por desgracia no todos ya pasados, ha sido objeto de aceptación tan generalizada, como para ser mencionada explícitamente por la CE, que no se priva de referirse a la *planificación* nada menos que en el precepto que instauro el sistema de economía de mercado (art. 38 CE); sistema que, en consecuencia y siendo generosos, como mínimo queda difuminado por esa incoherente apelación.

4.- La unidad de mercado y la intervención pública de la economía.

La intervención pública de la actividad económica plantea las relaciones entre mercado y Estado en un orden de mayor complejidad que el definido históricamente puesto que, si, desde el punto de vista histórico, el vínculo entre el mercado y el Estado se limitaba a que las fronteras de éste marcaban los límites de aquél, en cuanto que al Estado se le reconocen potestades intervencionistas se hace necesario efectuar un examen detenido dirigido no sólo a determinar el órgano de la estructura estatal que tiene atribuida la potestad de intervenir sino asimismo cuál sea el contenido de esa potestad. La cuestión es tanto más ineludible entre nosotros cuanto el sistema político instaurado por la CE se configura alrededor de un Estado, llamado “autonómico”, caracterizado por una peculiar descentralización que, no siendo sólo de carácter administrativo, implica además que aquellas potestades pueden venir atribuidas tanto a los órganos de la estructura del Estado central como a los de las Comunidades Autónomas (CCAA) cualquiera que sea el contenido de la concreta función intervencionista. Nótese, empero, que, en todo caso, los poderes son del Estado español que, en cuanto tal, es único y extiende su jurisdicción sobre la totalidad del territorio nacional. Pero la instauración de las CCAA como organizaciones capaces de ejercer mediante sus órganos propios ciertas potestades públicas supone, de un lado, que tenga que estar determinada la zona de la nación española a que se extienden las potestades de cada una de las CCAA y, de otro, que estén igualmente determinadas las materias sobre las que recaen esas potestades autonómicas. Respecto del primer aspecto, es incuestionable que toda Comunidad Autónoma (CA) se afirma sobre un territorio determinado, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 147.2.b) CE.

Por lo que se refiere al segundo de los aspectos indicados, la cuestión no resulta fácil de resolver. Porque debe notarse, en primer lugar, que la CE solo excepcionalmente se refiere de modo expreso, y además con carácter general, a la “actividad económica” como materia a que se extiende la actuación de los órganos públicos del Estado central (v.gr. art. 149.1.13ª CE). Hemos de aceptar sin embargo que sobre el mercado como sistema al que se atiene la actividad económica se deben entender proyectadas las potestades intervencionistas del Estado puesto que aquélla no es sino la dimensión o vertiente económica de las materias *lato sensu* a que expresamente y de modo general se refieren las normas de atribución de competencias entre los órganos del Estado central y de las CCAA.

Los preceptos constitucionales enuncian solo genéricamente las zonas o sectores de realidad sobre las que puede recaer regulación de parte de los órganos estatales o, en su caso, autonómicos. Dicho enunciado responde a un acarreo no obediente a ningún criterio racional ni menos sistemático. Así se desprende de la simple lectura tanto del artículo 148 CE, que se refiere a las competencias que pueden asumir las CCAA, como del artículo 149 CE, referido a las competencias, en principio, atribuidas en exclusiva a los órganos del Estado central. Y ello sin contar con la significación que para la “actividad económica” encierran las disposiciones concernientes a los llamados “principios rectores de la política social y económica” desarrollados en el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución (arts. 39 a 52, ambos inclusive, CE), que, además de suponer un cheque en blanco para el Poder puesto que prevén “políticas” sociales, respecto de ellos el propio texto constitucional expresa su susceptibilidad para ser regulados por parte de los órganos públicos correspondientes.

Si de lo anterior puede ya deducirse la dificultad de llegar a saber con seguridad la materia que habrá de someterse a intervención pública, además también resulta evidente la imposibilidad de enunciar de modo general tanto la naturaleza de las actuaciones en que pueda consistir en concreto la intervención pública de la actividad económica como la estructura, nacional o autonómica, en que se inserte el órgano intervencionista.

5.- La fragmentación del mercado nacional.

Sin duda que la ausencia de rigor de nuestro constituyente, que supone, dicho sea de paso, un “no-constituir” en sentido estricto, nada menos, que el Estado en que se organizaba la nación española de cuyo “poder constituyente” emanaba la Constitución de 1978, es la causa de que el mercado sea tratado de hecho tan solo atendiendo a su noción en el sentido que antes dije que debía ser tratado conceptualmente; desde ese punto de vista, que podemos identificar como conceptual, el tratamiento es acertado, puesto que el concepto de mercado se ha de considerar independiente de cualquier potestad, estatal o de otro orden, que sobre el mercado pudiera recaer en la práctica. Pero en nuestro caso la perspectiva atendida tan solo a la noción de mercado no se adopta por el hecho de que éste no responda en ningún sentido a ninguna estructura del poder político, sino que cabalmente se adopta, incluso con perjuicio para su

eficiencia, precisamente porque se quiere que en todo el territorio nacional la actividad económica se desenvuelva al modo propio del mercado pero sin que ello signifique que sobre él no se proyecten normas reguladoras procedentes de los órganos pertenecientes a la estructura estatal o autonómica. No me resisto a expresar el error básico que presupone la precisa noción de mercado que subyace a este modo de ver las cosas pues que se prescinde por completo de la verdadera función del mercado, que no se detiene en el cómo se ejecutan los actos de cambio, sino que esencialmente se refiere al porqué de los que efectivamente se ejecutan.

Pertinente es preguntarse acerca de si el mercado español no puede verse fragmentado como consecuencia de las distintas regulaciones procedentes de diferentes órganos públicos, que, si integrantes en abstracto del Poder estatal, por encontrarse éste descentralizado, son autónomos para impartir órdenes que impliquen intervención pública en las actividades económicas. A la contestación afirmativa a la pregunta formulada obedece la LGUM, por medio de la que el Estado central intenta, en definitiva, erigir un tácito principio de unidad de mercado en criterio director de la interpretación de las normas que confieren a los órganos autonómicos potestades de intervención en la economía.

A tal fin, la LGUMU contiene normas que podemos agrupar según se refieran a: *i)* los medios idóneos para el control *ex-ante* de la producción de normas por los distintos organismos a efectos de prevenir las diferencias que atentaren contra la unidad del mercado; *ii)* a señalar directamente intervenciones concretas de los poderes públicos sobre la actividad económica. Sólo a estas últimas se contrae el presente comentario pues es indudable que los preceptos agrupados en el primero de los apartados señalados son de una clara naturaleza jurídico-administrativa cuyo tratamiento por la STC excede del ámbito de mi interés.

Pese a ello, no me resisto a expresar que mis palabras no han de tenerse por significativas de una aceptación de la intervención pública de la economía y ni siquiera de que doy por buenas algunas formas de intervención como si ésta se tratase de un hecho irremediable que se desprendiera de la “naturaleza de la cosa” mercado; quiero decir: aunque la polarización de la atención en cuestiones como la que me ocupa suele

suponer que previamente se tiene por inconcusa la justificación y legitimidad de la intervención pública de la economía, ese no es mi caso; pero ello no obstante, creo que debo limitarme aquí a esclarecer el significado del fallo -y de sus fundamentos- que contiene la STC que espero, eso sí, servirá precisamente, de llamada de atención sobre el sentido y consecuencias de las disposiciones constitucionales relativas a la cuestión.

En todo caso ahora debemos fijarnos en los criterios que inspiran la LGUM y las soluciones a que llega en relación con su objetivo de garantizar la unidad de mercado. Ahora bien, no dejaré de decir que ya de la sola distinción que antes he establecido respecto de las normas contenidas en LGUM se deduce un argumento más de los muchos que cabe oponer a confiar al Estado o a los órganos de las CCAA o incluso a las entidades locales, a cualquiera en fin de los poderes públicos y con cualquier alcance, la intervención en la actividad económica.

5.1. La unidad de mercado y la CE.

Pues bien, ausente de nuestra Constitución cualquier referencia a la unidad de mercado y siendo imposible reducir igualmente a unidad la totalidad de las materias pre-jurídicas sobre las que puede recaer la competencia de los órganos autonómicos según se deduce de los artículos 148 y 149 ambos de la CE, no existe otro criterio capaz de impedir las más graves diferencias entre los territorios de las distintas CCAA por lo que se refiere al mercado que el principio contenido en el artículo 139.2 CE, en virtud del cual “ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y de establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español”. Este, en efecto, es criterio que utiliza el TC en su Sentencia que es origen del presente trabajo. Además, por si el apartado 2 transcrito del artículo 139 CE pudiese considerarse insuficiente, todavía ese precepto continuaría siendo fundamental en cuanto que su apartado 1, referido a la igualdad de derechos “en cualquier parte del territorio del Estado”, ampara, sin duda, “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” (cfr. art. 38 CE).

Que la CE no aluda a la unidad de mercado de modo expreso no habría de representar que esa unidad no hubiere de considerarse, pero siempre que se pudiera estimar constitutivo esencial del mercado su carácter unitario

para todo el territorio nacional. El artículo 139 CE solo a medias es expresivo a estos efectos. Y si se mira con atención habremos de concluir que con la invocación de ese, importante sin duda, precepto no hemos conseguido nada más que trasladar el problema que traemos entre manos al terreno de tener que precisar cuáles sean las actuaciones de los órganos de las CCAA que constituyan o de los que se sigan diferencias proscritas por el artículo 139 CE puesto que los artículos 148 y 149, ambos de la Constitución, se refieren de modo tan general a las materias sobre las que pueden disponer los órganos autonómicos que en la mayoría de las ocasiones podrán comprenderse en ellas actuaciones comprometedoras de su pertinencia a tenor del repetido artículo 139 CE.

No puede negarse que la conclusión que acaba de establecerse es totalmente consistente con la noción de mercado que, según antes se vió, desde el punto de vista de la ciencia económica, debe mantenerse exenta de aditamentos procedentes de los campos de la sociología y de la política. Y es igualmente consistente con la consideración del mercado “globalizado” o con la de un “mercado único” en un espacio sobre el que inciden las jurisdicciones de varios Estados. Pero precisamente por eso, es obligado preguntarse por la pertinencia de la conclusión cuando se trata cabalmente de someter el mercado a potestades de los poderes públicos pertenecientes a un mismo Estado solo que no organizado según el modelo de un Estado centralizado o de un Estado federal. Formulada la pregunta, la respuesta no puede ser más que negativa.

5.2. La unidad de mercado y la LGUM.

Los preceptos de la LGUM declarados inconstitucionales por la STC de 22 de julio de 2017 tienen como referencia material la “libre iniciativa económica” de que se hace explícita referencia (cfr. arts. 19 y 20 LGUM) y que se despliega mediante la “libertad de establecimiento y de circulación” (cfr. art. 18 LGUM); pese a que en relación con esta última libertad la citada Ley no se refiere de modo expreso a las personas, a los bienes, a los servicios y a los capitales, del conjunto de los preceptos de la propia Ley se deduce esa referencia.

De hecho, pues, la unidad del mercado no se aborda de manera directa a partir de una definición de lo que por ella haya de entenderse, sino que la ley en este punto parte para tratar del mercado nacional de la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos (art. 139 CE) teniendo

en cuenta el derecho de libertad de empresa. Y en defensa de esa igualdad: *a)* define actuaciones administrativas que, por contradecirla, deben ser evitadas (art. 18 LGUM), y *b)* establece la unificación de ciertas medidas administrativas para todo el territorio nacional (arts. 19 y 20 LGUM), llegando incluso a señalar cual sea la administración autonómica competente para los casos en que pueda plantearse alguna duda sobre el particular (Disposición Adicional Décima LGUM).

Puede, en consecuencia, concluirse que, según la LGUM, para poder considerar *uno* el mercado es necesario que respecto de él se reúnan más condiciones que la simplemente consistente en la inexistencia de aranceles y de aduanas interiores que, como barreras de entrada y salida en un mercado, impedirían desde luego poder considerarlo unitario. Para la repetida LGUM la igualdad en el ejercicio de derechos de todos los españoles cuando se proyecta sobre el derecho de libertad de empresa o, más ampliamente, al de actuar en el mercado, no solo implica atenerse a lo que en él hay de libertad de determinación sobre su ejercicio, sino que alcanza a las condiciones del ejercicio mismo. Condiciones que, por lo demás, no sólo tienen como referencia los costes, sino también otros aspectos como, por ejemplo, podrían ser los derivados de la defensa de consumidores o de la protección del medio ambiente. Por otra parte, la propia LGUM se ocupa de unificar todas las acciones con proyección en el mercado a los fines de dotarlas de un mismo tratamiento. Por consiguiente, la repetida Ley establece un mismo régimen para acceder al mercado tanto de bienes como de servicios; y para cuando se trate de un mercado de bienes, esa unidad ha de referirse a la igualdad por lo que toca a las especificaciones técnicas para la circulación legal del producto de que se trate.

Puesto que la LGUM se dirige a la unidad del mercado nacional, además de contener en su artículo 18.1 el mandato, formulado a modo de cláusula general, de que todas las autoridades competentes eviten cualquier medida que produzca el efecto de “obstáculo o barrera a la unidad de mercado”, destina el apartado 2 de ese mismo artículo 18 a establecer ciertas actuaciones concretas que se consideran limitativas del “libre establecimiento y la libre circulación”.

Por otro lado, en virtud del artículo 19 LGUM el instrumento otorgado por el órgano competente (de *origen*) para poder llevar a ejecución el acto

de libre iniciativa económica de que se trate dentro del territorio a que se extiende la competencia orgánica ha de considerarse igualmente habilitador para ejercer la actividad en cualquier otra parte del territorio (de *destino*) nacional. Y en relación con esto, el artículo 20 LGUM especifica la eficacia de las actuaciones administrativas en todo el territorio nacional; finalmente, la Disposición Adicional Décima LGUM sienta el criterio que debe presidir la determinación del órgano que ha de considerarse competente en el caso de que, por las nuevas normas, resultase discutible.

La conclusión que cabe extraer es la de que para la LGUM existe una consideración de la unidad del mercado que podríamos llamar material y que supone algo más que la igualdad en cualquier punto del territorio nacional para determinarse a la acción empresarial. *Mutatis mutandis*, lo mismo hay que decir para toda acción económica, cualquiera que sea su posible calificación con tal de que se efectúe en el mercado.

6.- De la unidad de mercado en la STC.

6.1. Los límites competenciales de los órganos del Estado respecto la intervención económica.

La STC comienza por recordar su doctrina acerca de la unidad de mercado según ha de entenderse en relación con la diversidad que puede derivar de las acciones intervencionistas procedentes de los órganos integrados en la estructura propia de cada CA. A esta finalidad destina la STC su Fundamento Jurídico (FJ) 2.

En ese FJ 2 se parte de que la unidad de mercado no significa su uniformidad y que, por lo tanto, no exige que no se produzcan “desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las Comunidades Autónomas”. La única igualdad que debe respetarse en esta materia es la que se deduce del artículo 139.2 CE respecto a la “libre circulación de bienes y personas”. La igualdad resulta de la que se refiere a las “condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica”, según los artículos 139.1 y 149.1.1ª, ambos de CE. Esa limitación que en definitiva se admite para la igualdad, aparte de que hace dudoso que pueda hablarse en rigor de igualdad pues para ser verdadera la igualdad ha de serlo por completo, esto es, respecto de todos sus aspectos, exige un análisis casuístico para llegar a determinar si la

desigualdad de posición jurídica se genera a causa del régimen impuesto por la Comunidad Autónoma correspondiente, dado que la Constitución le habilita para decidir “cuándo y cómo ejercer sus propias competencias” y éstas implican capacidad para imponer regímenes regulatorios. Entre la unidad de mercado y el sistema constitucional relativo a la organización del Estado ha de buscarse, según el TC, un verdadero equilibrio.

Esa premisa, aparentemente irreprochable, se traduce en la práctica en la prioridad de las disposiciones relativas a los varios regímenes regulatorios respecto de las normas que podrían justificar una verdadera unidad de mercado nacional. De hecho, pues, la doctrina del TC, tan repetida por lo demás como acredita la profusión de sentencias que cita la que ahora se comenta, deja reducida la noción de mercado a la que es propia del que se extiende “globalmente” o de aquel cuya extensión va más allá que la ocupada por un solo Estado; en estos casos, no se olvide, el mercado en su dimensión espacial continúa sin embargo referenciado al Estado aunque de modo distinto pues que su fundamento se encontrará en un verdadero Tratado entre Estados. No puedo evitar el poner de relieve lo anómalo que resulta entonces el fenómeno a que da lugar nuestra Constitución.

Por otro lado, según el FJ 2 de la STC, el artículo 149.1.13ª CE establece los límites de las desigualdades tolerables en el ejercicio de los derechos debidas a los regímenes regulatorios autonómicos. Esos límites implican que el Estado central pueda “*intervenir normativamente a fin de garantizar*” la igualdad. Debe observarse que la utilización del artículo 149.1.13ª CE, especialmente destinado a supuestos de planificación de la economía, en relación con un problema que tiene como elemento central el mercado no deja de ser una muestra del concepto que del mercado y de la planificación económica tiene el TC así como también de lo discutible que entonces resulta la interpretación respecto de lo que sean “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”. La referencia al artículo 149.1.13ª CE en este contexto nos convence de lo lejos que el TC se encuentra de un propio y verdadero entendimiento de lo que es el mercado como centro del sistema de economía y de lo lejísimos que nos queda, por consiguiente, un sistema político orientado a la libertad de las personas. A la misma consecuencia lleva la referencia que en el FJ 3 de la STC se contiene al precepto que nos ocupa, pero no es momento de detenernos en esa referencia.

En cambio, sí me parece destacable la apelación al artículo 149.1.13ª CE que se efectúa en el FJ 7 con el fin de dejar establecida en ese caso la constitucionalidad de la norma contenida en el artículo 17 de la LGUM también recurrida; la constitucionalidad de la disposición estatal que impone restricciones a que los regímenes autonómicos puedan disponer acerca de *“una determinada modalidad de intervención administrativa, la autorización”* se deduce de que esa modalidad consiste en un factor de *“carácter básico”* respecto del ejercicio de la actividad económica y, por consiguiente, es de aplicación el artículo 149.1,13ª CE. Parece innecesario detenerse en la noción de mercado que subyace a esta conclusión en cuanto que confirma paladinamente lo que antes indiqué respecto de qué entiende el Tribunal por *“bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”*.

Adviértase que no formulo por mi parte ninguna crítica a la decisión contenida en el fallo de la STC por lo que se refiere a la constitucionalidad de la LGUM en este punto, mi crítica se dirige contra la ideología intervencionista a que invita desde luego el texto constitucional y ante la que sucumbe el propio TC sin intentar corregirla mediante una interpretación no ideológica. La ideología, que desconoce lo que representa un verdadero sistema de mercado, no es conciliable con una noción verdadera de unidad del mercado nacional.

Pero en relación con el sentido del artículo 49.1.13ª CE y su aplicación al caso son luminosas las palabras contenidas en el FJ 5 de la STC en cuanto que son la base de la idea-clave del arco de toda la pretendida construcción del llamado Estado de las Autonomías en relación con las actividades económicas en el seno de la comunidad nacional. Se refiere la STC en dicho FJ 5 a la doctrina por él establecida respecto de la competencia estatal en materia económica a que se refiere aquel repetido precepto constitucional. Y así nos dice: *“las bases de la planificación general de la actividad económica consisten en el establecimiento de las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de los sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector, admitiendo que esta competencia ampara todas las normas y actuaciones, sea cual sea su naturaleza, orientadas a la ordenación de sectores económicos concretos y para el logro de fines entre los que la doctrina constitucional ha situado*

el de garantizar el mantenimiento de la unidad de mercado... pero también el de alcanzar los objetivos de la política económica general o sectorial, así como el de incidir en principios rectores de la política económica y social". La extensión de la cita se justifica a fin de que se comprenda la complejidad de la tarea de precisar los conceptos de bases, de ordenación y de planificación de la economía general o sectorial y, como consecuencia de esa complejidad, la dificultad de situar lo que pueda considerarse unidad de mercado, y si se me apura, lo que puede entenderse por mercado.

La STC no renuncia además a decirnos en el mismo FJ 5, que *"el art. 149.1.13 CE exige una lectura restrictiva"* para que no se vacíen las competencias sectoriales legítimas de las CCAA, razón por la que es obligado realizar en cada caso *"un examen detenido de la finalidad de la norma estatal de acuerdo con su objetivo predominante"* porque las capacidades que el Estado retenga se dirigen a fijar las *"bases de la planificación económica"* pero sin que *"en ningún caso se desfigure un reparto constitucional y estatutario de competencias en que las Comunidades Autónomas han recibido importantes responsabilidades en materia económica"*. De aquí deducimos que la noción de unidad de mercado no puede representar un presupuesto para la interpretación; antes al contrario, será en su caso el resultado o precipitado que se obtenga de la misma. Pero de mayor importancia todavía creo que es la conclusión que puede establecerse respecto de que al Estado no le es posible establecer qué sea básico para la planificación de la economía pues que al establecerlo, como pretende hacer en la LGUM, invade el territorio a que alcanzan las competencias autonómicas.

También recurre al artículo 149.1.13^a CE la STC, en su FJ 7, para marcar los límites de las competencias autonómicas en materia de definición de sus propias *"políticas económicas"* (y es de suponer que *"sociales"*) como, según el propio TC, le están constitucionalmente atribuidas y que implican la proposición de fines. En este aspecto, los fines que se propongan habrán de estar conciliados en virtud de las disposiciones que a esos efectos haya podido establecer el Estado al amparo del tan repetido precepto constitucional. Porque, *"nuestra norma fundamental obliga a conciliar los principios de unidad y de autonomía"* y *"la competencia sobre ordenación general de la economía"* permite *"al Estado proscribir que las*

Comunidades Autónomas orienten sus políticas a la consecución de determinados fines”.

En este orden de cosas sin embargo son también del mayor interés ciertas afirmaciones de la STC en su FJ 12 de las que se desprende que, en último término, la unidad de mercado queda confiada a la aplicación del principio de igualdad en el ejercicio de los derechos previsto en el artículo 139 CE al que se refiere el artículo 149.1.1ª CE; por cierto que también se invoca el artículo 149.1.13 CE dando muestra una vez más de la deficiente comprensión de lo que significan el mercado y la planificación en el ámbito de la economía.

6.2. La unidad de mercado y la consideración unitaria de las acciones de producción y de servicios.

La STC en su FJ 4 reprocha a la LGUM que establezca un “*principio general de libertad de acceso y ejercicio de la actividad económica*” por incluir “*en su ámbito de aplicación todas las actividades económicas en condiciones de mercado*” y por lo tanto “*no solo las actividades que se refieren a la prestación de servicios sino también las que se refieren a la elaboración y comercialización de productos*”. Al proceder así, se considera que la LGUM desborda el ámbito material de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre.

De esta observación se deducen, en mi opinión y para nuestros efectos, consecuencias de un doble orden. Para el TC, no pueden someterse a un mismo régimen de acceso y ejercicio las actividades de producción y comercialización de bienes y las de servicios. Siendo unas y otras actividades económicas que cursan según el mercado, parece que nada más natural para poder mantener una verdadera unidad de éste que someterlas al mismo régimen sobre libertad de acceso y de ejercicio. El reproche de someter a un mismo régimen tales actividades se fundamenta en la diversidad que debe mantenerse en función de las posibles exigencias regulatorias especialmente previstas para las actividades de producción y comercialización por parte de los órganos de la estructura central o autonómica en los propios textos de atribución de competencias. Por poner un ejemplo, pienso en la competencia sobre “*protección del medio ambiente*” a que se refiere el artículo 149.1.23ª CE.

Por otro lado, no deja de ser significativo que el TC se refiera en este punto específicamente al orden dispuesto para y por la Unión Europea. Esa referencia confirma la apreciación anteriormente sentada de que la unidad del mercado nacional en nuestro caso se desvincula *de facto* del Estado como autoridad y como potestad definida en torno a la comunidad nacional para conservar con el Estado únicamente la misma relación que puede apreciarse en los supuestos de los mercados “globalizados” o de los referidos a un espacio puesto en común, como es el caso de la UE; en uno y otro de estos casos la hasta cierto punto unidad del mercado es consecuencia de un Tratado entre los Estados concernidos. De aquí que construir sobre esas bases la unidad de nuestro mercado nacional es una extravagante consecuencia, fruto del no menos extravagante Estado de las Autonomías que queda designado, que no “constituido” en sentido estricto, en la CE.

6.3. El “principio de eficacia nacional”.

A partir del FJ 9 y hasta el FJ 14, ambos inclusive, se puede decir que la STC se ocupa del llamado “principio de eficacia nacional” que, establecido en la LGUM, se traduce en que las licencias o autorizaciones para el acceso y ejercicio de las actividades económicas otorgadas por cualquier CA han de tenerse por válidas y eficaces por todas las demás a efectos de operar en el territorio a que se extiende su competencia. Es de interés indicar que, en virtud de dicho principio, incluso se reconoce la capacidad para operar en cualquier lugar de la nación a quien ya opera en cualquiera de sus lugares sin licencia o autorización por no ser ahí necesarias estas habilitaciones. En suma, el operador económico que esté establecido conforme a lo requerido o sin sujeción a ningún requerimiento por venir así dispuesto en ese lugar, que se llama *de origen*, puede operar en cualquier otro lugar, llamado *de destino*, cuyas autoridades tendrán que asumir la plena validez de los requisitos o condiciones dispuestos por las autoridades del lugar de origen.

No es dudosa la trascendencia del señalado principio en el terreno de la reducción de costes y, por consiguiente, a efectos de la eficiencia del mercado. Pero de que sean únicos los requisitos de acceso al mercado para operar en todo el territorio nacional y dando por irremediable, insisto una vez más, la intervención pública de la actividad económica, no sólo, con ser mucho, se siguen ventajas de tipo económico. Los efectos

beneficiosos también se aprecian en el terreno jurídico en diversos sentidos pero, especialmente por lo que ahora más nos importa, en el de la interpretación del derecho y su consiguiente aplicación sin incertidumbres.

No obstante lo anterior, la STC se ve obligada a razonar en contra del juego en nuestro caso del principio de eficacia nacional así como, por lo tanto, contra sus efectos en vista de las competencias atribuidas a las CCAA para definir sus propias políticas y extender la eficacia de éstas al territorio a que alcanza la jurisdicción de cada una. Es ilustrativo que la STC afirme que *“lo que se plantea en el presente proceso es si el establecimiento del principio de eficacia nacional es un ejercicio legítimo de (los) instrumentos normativos”* disponibles para el Estado a fin de imponer límites a la diversidad regulatoria que pueda seguirse de la actuación de los legisladores autonómicos con la consecuencia de fragmentar el mercado (cfr. FJ 12).

La STC comienza por analizar el llamado “principio de reconocimiento mutuo” consagrado en la UE por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJUE) y referido a la comercialización de bienes. Según este principio, un Estado, que sería de destino, debe admitir que en su territorio se comercialice un bien elaborado de conformidad con las reglamentaciones del Estado de origen siempre que haya sido elaborado conforme a parámetros que establecen un nivel de protección similar al de la elaboración en el Estado de destino. La misma idea se extendió también a las prestaciones de servicios. Sentado lo que antecede, la STC sostiene que el principio de reconocimiento mutuo exige que previamente a su aplicación exista una legislación que fije el estándar admisible; en nuestro caso, el estándar debiera tener un reconocimiento interior al que pudiera acogerse el Estado central como paradigma extensivo a todas las CCAA.

A juicio del TC (FJ 12 STC), los párrafos 1 y 13 del artículo 149.1 CE son fundamento para que el Estado central pueda *“crear un marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional...Marco normativo que, no obstante, si bien puede llegar al punto de establecer un común nivel de protección, no puede, por la minuciosidad y detalle de la regulación estatal, dejar sin espacio alguno a las competencias económicas”*. Una vez más el TC reconduce, pues, la situación a los cauces establecidos por las conocidas normas del artículo 149 CE cuyas diferencias por razón de sus

respectivos fundamentos de aplicación nos son conocidas a la vez que, a efectos de la unidad de mercado, resulta técnicamente más que discutible la suposición de la STC sobre que, al amparo del apartado 13 del artículo 149.1 CE, caben medidas estatales que diseñen *un* “marco normativo” por razón de una misma protección.

El “*principio de reconocimiento mutuo*” se concibe y acuña en la UE a fin de dotar de la mayor eficiencia al mercado a causa cabalmente de la peculiaridad del mercado común primero, luego convertido en mercado interior y en mercado único. Las diferencias de la situación con nuestro mercado nacional no es preciso subrayarlas. Por eso tiene razón la STC al decirnos que el “principio de eficacia nacional” que trata de imponer la LGUM es distinto del “principio de reconocimiento público” europeo.

Por dos razones son distintos esos “principios”. En primer lugar, porque el de eficacia nacional, a diferencia del de reconocimiento mutuo, no tiene como presupuesto de aplicación ningún paradigma de protección común que tuviere que aceptarse en el lugar “de destino”; en segundo término, porque mediante el principio de eficacia nacional de la LGUM no llega a establecerse un sistema regulatorio único frente a una pluralidad de ellos, sino que se mantiene la pluralidad de regulaciones solo que la Comunidad Autónoma de destino tendrá que aceptar la que corresponda al operador por su origen (FJ 12 *in fine*).

Vistas así las cosas, no puede negarse que se deja al operador económico la elección del régimen regulatorio al que quiera acogerse, lo que, según la STC, se opone al régimen general de atribución de competencias establecido en la Constitución (FJ 13).

6.4. El “*principio de territorialidad*”.

La aplicación del “principio de eficacia nacional” que pretende instaurar la LGUM se opone al “principio de territorialidad” a que obedece el sistema constitucional relativo a la organización del Estado Autonómico.

Según la STC, que continúa a otras que cita, el “principio de territorialidad”, “*responde a la necesidad de hacer compatible el ejercicio simultáneo de las competencias asumidas por las distintas Comunidades*” de modo que “*el territorio se configura como un elemento definidor de las competencias de cada Comunidad Autónoma en su relación con las demás...y con el Estado...las competencias...se circunscriben a su ámbito*”

territorial". Es de gran interés el *dictum* de la STC de que la competencia no excluye que su ejercicio pueda tener eficacia extraterritorial, pero en ese caso el Estado debe ofrecer "*una regla que posibilite dicha eficacia y, a la vez, evite el eventual conflicto de intereses*". La propia STC declara que "*con el reconocimiento de eficacia extraterritorial...se evita, asimismo, el desplazamiento del ejercicio de la competencia al Estado*". Las disposiciones relativas al régimen de competencias autonómicas se suponen situadas a un nivel tal de preferencia que a ellas se han de subordinar incluso las normas que de algún modo se refieren a la competencia estatal. A estos efectos, es sumamente revelador que la STC nos diga que es doctrina del Tribunal que "*el hecho de que determinadas actividades económicas tengan un alcance territorial superior al autonómico...no permite sin más desplazar la titularidad de las competencias controvertidas al Estado*"; ello es así incluso reconociendo expresamente que la extraterritorialidad de las actividades económicas sea un "*fenómeno cada vez más común en el mundo actual*" (FJ 13). Por cierto, que esta apreciación pone de relieve una vez más la escasa consideración que al TC merece la realidad material sobre la que está construyendo su doctrina, porque, sinceramente, que a nuestra altura histórica no se sienta pudor al decir que el mercado supera, por lo general, el carácter local causa, por lo menos, sorpresa de la misma manera que la causa el hecho de que su reconocimiento no influya en la cuestión de la unidad del mercado nacional.

7. Conclusiones.

7.1. Sobre la unidad del mercado nacional.

Ocioso es decir que la unidad de mercado, que habría de ser una vertiente más de la unidad política de la nación española y, por consiguiente, debiera ser un hecho que se diera por supuesto, de ninguna manera puede entenderse ni como base ni como modo de coordinación de la discrecional planificación de la economía por el Estado. No cabe, por otro lado, sino manifestar sorpresa ante el hecho de que el artículo 149.1.13ª CE se utilice en relación con los contenidos de las potestades autonómicas sobre actividades de mercado y, por lo tanto, sobre la unidad de éste. Que las "bases" y el modo de "coordinación de la planificación" de la economía constituyan un límite a las posibles competencias autonómicas es algo que, conceptualmente no tiene nada que ver con el problema de la unidad

de mercado puesto que nada tiene que ver con el mercado mismo atendidas su naturaleza y función; incluso si se me permitiera una cierta ironía no me privaría de señalar que hablar de mercado y de bases y de planificación es semejante a hacerlo del hielo caliente o del fuego frío.

La breve exposición que antecede nos ha confirmado la conclusión de lo que ya antes se dijo acerca de que la unidad de mercado no es algo con lo que debemos contar como se cuenta con una materia que podríamos decir pre-jurídica precisamente para poder proyectar sobre ella la normatividad jurídica concerniente al mercado, sino que, contra lo que cabría esperar, especialmente desde que se consagra la igualdad en el ejercicio de los derechos, será un precipitado de la interpretación de las normas constitucionales sobre competencias orgánicas del Estado de las Autonomías.

7,2. La unidad de mercado como resultado de la interpretación de normas competenciales.

Recordemos lo ya anteriormente indicado de que, salvo una excepción no significativa además para nuestro propósito, el artículo 149 CE no se refiere de modo expreso a la actividad económica como materia susceptible de ser objeto de regulación por parte de ningún órgano ni de la estructura del Estado central ni de la estructura autonómica; de modo que por el hecho de que la unidad de mercado sea cuestión que afecte a aquella actividad no nos aporta nada acerca de su consideración, incluso implícita, a efectos de la aplicabilidad del artículo 149 CE; fuera de lo que resulte de su interpretación no cabe pensar en que una noción material de unidad de mercado haya de ser respetada; ni siquiera el principio de igualdad en el ejercicio de los derechos puede entenderse como fundamento implícito de aquella unidad. Muy particularmente se tiene que entender de esta manera dado que precisamente el respeto debido a esa igualdad es el contenido del artículo 149.1.1ª CE. Dicho en otras palabras, la igualdad en el ejercicio de los derechos no presupone ni se resuelve en la unidad de mercado pues solo cuando el mercado se pueda entender fragmentado por las diferencias en el ejercicio de derechos podrá quedar eliminada, pero adviértase que solo como consecuencia de que la fragmentación haga sucumbir la diferencia en el repetido ejercicio de los derechos y no se produce esa consecuencia por las diferencias que puedan ocasionarse por las modalidades de intervención pública

adecuada a las competencias constitucionales que se ejerzan en distintas zonas del territorio nacional. En suma, la unidad del mercado depende también de lo que se entienda como núcleo constitutivo de los derechos de tal modo que solo por las diferencias en cuanto a ese núcleo duro podrá considerarse que se diferencia su ejercicio y, consiguientemente, que se fragmenta el mercado.

Para nuestra Constitución no hay, pues, una “realidad material”, como sería la del mercado rectamente entendido, que debiera ser respetada a la hora de interpretar los preceptos constitucionales que, directa o indirectamente, versaren sobre ella. Al, contrario, el mercado con su función de eficiencia en que se traduce su unidad será un precipitado o resultado de la interpretación de las normas relativas a las competencias orgánicas de los poderes públicos habilitados para efectuar el intervenir. La tarea que nos corresponde es entonces la de interpretar el artículo 149 CE a fin de averiguar si, pese al silencio sobre el mercado y su unidad, del enunciado de las materias que quedan sometidas a la intervención pública puede deducirse que el mercado, y el mercado unido, queda incluido entre ellas.

Si bien se mira, la interpretación de referencia es operación tan compleja como fecunda en posibles contradicciones con sus perniciosas consecuencias. Y eso es así, por las causas que pasamos a estudiar a continuación.

Recordemos que la unidad de mercado no es objeto de consideración expresa por CE; sólo se ha de considerar como una cualidad que, por referirse a una institución de índole económica como el mercado, se puede considerar parte de una genérica “actividad económica”. Una actividad, cualquier actividad, como conjunto de actos que es, no resulta, en rigor, susceptible de poder ser considerada materia pre-jurídica en el sentido de zona o sector de la realidad que postule ser tratada por el derecho salvo que venga determinada por un sector materialmente reconocible. Ello es así por razón de la historicidad inherente a la vida del hombre que, por permanecer abierta o no cerrarse en ningún momento de su curso, hace que las acciones del sujeto sean distintas a causa de las diferentes circunstancias en que cada vez se efectúan. A tenor de esta consideración se ha de reconocer que la posible reconducción a la economía no es suficiente para hacer de las acciones que puedan

presentar un aspecto de índole económica una actividad a efectos de poder someterla a un tratamiento jurídico del que, a su vez, se pueda predicar un orden sistemático. En cada ocasión en que se realiza cualquier acción quedan involucrados, por definición, varios, al par que variados, aspectos, entre los que se incluye el económico, de modo que se hace imposible y sobre todo estéril el intento de reducirlos a una unidad susceptible de ser considerada permanente. De ahí el inevitable fracaso, aunque la ideología dominante lo oculte, de todo intento de planificación por parte de los poderes públicos de las actividades humanas, incluida por supuesto la económica. Fracaso en el orden de la eficacia práctica por lo que se refiere a las acciones mismas, pero, ante todo y sobre todo, fracaso por lo que representa de agresión al hombre por el hecho de serlo, cuyo constitutivo esencial es su libertad.

De esta consideración, se deriva inexcusablemente, salvo para los no pocos dogmáticos beatos de cualquier ideología totalitaria, la tendencialmente infinita diferenciación entre las acciones humanas a causa de sus distintos aspectos, de sus posibles interconexiones entre ellas e incluso de las posiciones mismas en que puede considerarse se encuentra un hombre en relación con las múltiples facetas de la realidad. Esto, que resulta insoslayable en referencia a toda acción humana, hace que deba considerarse sencillamente ridículo cualquier intento de describir todas las posiciones posibles de la persona ante cualquiera de las múltiples actitudes en que le colocan las no menos variadas motivaciones que pueda tener para determinar cualquiera de sus acciones. El intento deja de ser ridículo para convertirse en amenaza próxima de agresión a la persona cuando se prescriben en los textos normativos jurídicos consecuencias para las hipotéticas posiciones en ellos previstas. Ni mucho menos es exagerado afirmar que en tales supuestos, por mínimo que parezca el ámbito a que alcance la coerción por parte del poder que dicte la norma, ella es portadora de la semilla de totalitarismo. Y es que una norma de esas características va en contra de la naturaleza de la persona.

Sin embargo normas con esas características se multiplican en la actualidad en el vano y amenazador intento de someter toda la realidad a ordenación predeterminada, y ciertamente entre tales normas se encuentran los preceptos que ahora nos importan de la CE. La pretensión indicada, que es fruto de una más que grosera mentalidad general positivista, se traduce en nuestro caso en el positivismo legalista con las

consecuencias ineludibles de una vertiginosa creación de nuevas normas jurídicas para nuevas realidades y del no menos vertiginoso cambio de las normas ante la consideración de nuevas apariencias de la misma realidad. El positivismo legalista deja, además, sin el sentido real, que podría convenirle de no profesar la obediencia positivista, a la expresión “Estado de derecho”, que, por lo demás y paradójicamente, es de uso tan frecuente como indebido por parte de quienes hoy disfrutan del poder; es perfectamente comprensible, aunque no justificado, ese inmoderado uso ya que la extensión permanente del poder a zonas nuevas o cada vez más amplias se enmascarará bajo la supuesta legitimidad que para hacerlo le confiere la previa promulgación de un texto con las características formales de los textos jurídicos. Que la referencia al “Estado de derecho” no es sino un disfraz encubridor de una realidad en que el abuso de la coerción del poder campa a sus anchas se comprende al considerar que en cada momento será derecho lo que plazca a la voluntad del soberano. Y quién sea éste o a quién se atribuya ese invento de la soberanía, no seamos también ingenuos en esto, es por completo indiferente a efectos del efectivo estrechamiento de la esfera de libertad dejada a la persona.

Pero, aparte de lo que acabo de señalar, la multiplicación de textos legislativos sobre nuevas zonas materiales así como los constantes cambios introducidos en los relativos a zonas ya reguladas no pueden prescindir de la complejidad inherente a la realidad, verdaderamente *real*, en relación con la cual ha de ponderarse la acción de la persona. De ahí, por lo pronto, el detalle con que las normas se expresan que, si de un lado, se traduce en el puntillismo reglamentista más odioso por opuesto a la voluntad libre de la persona, de otro, implica que las normas hayan de amontonar variados puntos de vista adoptados en razón de las distintas zonas o sectores de realidad concernidos.

De todo lo anterior se deriva, más que nunca en la actualidad, inevitablemente la complejidad de la tarea dirigida a la subsunción en el supuesto de hecho constituido por una zona de realidad que es el primer paso, como es sabido, en la interpretación de toda norma; y a la complejidad se une la incertidumbre acerca del resultado de la interpretación salvo en su provisionalidad. Estas circunstancias son predicables, y acaso en forma eminente, respecto de la interpretación de las normas constitucionales que subyace al fallo de la STC que es ocasión del presente comentario.

El primer punto de dificultad, complejidad y provisionalidad surge en relación con la circunstancia de que una dimensión económica conviene a cualquiera, y por consiguiente a la totalidad, de las “materias” de que tratan los preceptos constitucionales referidos a las competencias orgánicas, con la consecuencia de que respecto de todas ellas se puede predicar su sujeción a la intervención pública. Pero la especialidad de la actividad económica no se traduce en ninguna particularidad especial por lo que se refiere a la tarea intervencionista ni en el plano del órgano u órganos competentes para efectuarla ni en su alcance o contenido.

La dificultad para la interpretación de los actuales textos normativos se vincula además a la acumulación de diferentes criterios que, a veces, se contienen en un mismo precepto por su función descriptiva del supuesto de hecho de una única norma. Encontrar, en efecto, el sentido de las normas no es sencillo por la amalgama de sectores de la realidad y porque respecto de cada uno de ellos la literalidad, la lógica y el sistema reclaman por lo general que hayan de ser tenidos en cuenta de distinta manera. De suerte que el propósito del legislador de descender a las más minuciosas descripciones de los supuestos de hecho normativos se traiciona, como no podía ser de otra manera, al tener que acudir a razonamientos abstractos en la mayoría de las ocasiones para poder alcanzar el sentido de las normas, que pierden de esta manera su valor uniforme para adaptarse a una realidad que, por lo demás, es en buena parte imaginada por el propio intérprete en cada caso.

Las dificultades para el intérprete se acrecientan al considerar que, en ocasiones, las normas no se refieren a sus materias señalándolas como zonas de realidad pre-jurídica, sino como conjuntos sistemáticos constitutivos de sectores concebidos a partir de supuestos científico-jurídicos. Tal sucede por lo que se refiere a la “legislación mercantil” (cfr. art. 149.1 6ª CE) y a la “legislación civil” (cfr. art. 149.1 8ª CE). Sin intención de detenerme sobre el particular, sí diré que el mercado como institución así como su función y las acciones que según él cursan se pueden considerar integrados en el derecho de contratos, que, a su vez, puede estimarse integrado bien en el derecho mercantil bien en el civil o bien en ambos según el sentido que se atribuya a uno o a otro sector del derecho; en este punto, no puede olvidarse tampoco de ninguna manera la referencia a la “legislación laboral” expresamente citada en el art. 149.1.7ª CE. La consecuencia tanto de la mezcla de criterios en la

determinación de las materias como de la manera de señalarlas no puede dejar de traducirse en un craso subjetivismo en el momento de la interpretación de las normas. Dicho en breve: si se permite ejercer potestades intervencionistas a los órganos autonómicos en relación con las acciones en el mercado no cabe duda de que se posponen las normas sobre derecho de contratos respecto de las que consagran la potestad intervencionista de la economía. Pero debe advertirse que esa preeminencia de estas últimas normas que pertenecen al derecho público, y más concretamente al derecho administrativo si nos atenemos a los conjuntos sistemáticos científico-jurídicos bien definidos, acaban por contaminar el derecho mercantil o civil, derecho privado, atentando contra el carácter y significado de las instituciones que en esos sectores se integran. Se potencia así ese híbrido consistente en el llamado “derecho económico”, teórico sostén de la ideología socialdemócrata, del que, bien mirado, tendría hasta que dudarse de su verdadero carácter jurídico.

Otro tanto podría decirse de las consecuencias que tiene conceder prioridad a las normas sobre competencias intervencionistas si se tiene en cuenta que estas normas definen su materia como aquella que suponga, por ejemplo, protección del medio ambiente (cfr. art. 149.1.23ª CE). No se negará la dimensión económica de la protección del medio ambiente que puede trascender hasta el punto de condicionar la actividad empresarial de producción y distribución de bienes y seguramente a ese nivel sitúa el constituyente las políticas autonómicas de orden ecológico; en cualquier caso, no es tarea fácil armonizar con carácter general el intervencionismo admitido a los órganos autonómicos con el que corresponde a los órganos del Estado central a tenor de la literalidad de los incisos 23 y 13 del apartado 1 del artículo 149 CE. Y esto no es más que un ejemplo de los muchos casos que plantea dicho precepto constitucional. La realidad es que termina sometiéndose el mercado a las ocurrencias del Estado, central o autonómico que igual da a efectos de la pérdida de libertad que significa y también a efectos asimismo del efectivo empobrecimiento material, económico, de la comunidad nacional. Que a partir de estas premisas se siga hablando de un “sistema de economía de mercado” es realmente un sarcasmo.

7.3. Conclusión general.

Tras la exposición a que ahora pongo punto creo que puede y debe establecerse una conclusión general. Probablemente, al dictar la STC, el TC realiza su tarea de un modo que no podría ser diferente aunque se ordenara a una más pragmática interpretación del texto positivo que es la Constitución. Pero si partimos de esa base, entonces no podremos sino concluir lo disfuncional que resulta en este plano de la dimensión económica ese engendro, indefinido además y mucho me temo que indefinible, que se ha dado en llamar Estado de las Autonomías. Sí, no cabe duda de que también es un engendro por su disfuncionalidad desde el punto de vista de la actividad económica nacional.

Fdo. José María De la Cuesta y Rute
Catedrático Emérito Derecho Mercantil UCM
Madrid, 25 de septiembre de 2017