

LA FRAGILIDAD DE LA LIBERTAD DE EMPRESA: SU INSUFICIENTE TUTELA EN ESPAÑA A LA LUZ DEL DERECHO DE LA UE

Shortcomings of the freedom to conduct business: insufficient legal protection in Spain in light of EU law

XAVIER CODINA GARCÍA-ANDRADE

CUNEF Universidad

xavier.codina@cunef.edu

Cómo citar/Citation

Codina García-Andrade, X. (2024). La fragilidad de la libertad de empresa: su insuficiente tutela en España a la luz del derecho de la UE. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 132, 137-167. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.132.05>

Resumen

El derecho de la Unión ha contribuido a aumentar el radio de acción de la libertad de empresa a través de distintas vías, desde las libertades de los Tratados a la acción del legislador europeo. En este trabajo se descubre una nueva contribución de ese ordenamiento a la protección de esa libertad, en esta ocasión a través del necesario refuerzo de la vía de acceso a su tutela judicial. El trabajo analiza de qué manera el interesado tiene acceso a tal tutela en el ordenamiento Español y concluye que, a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia en la sentencia *Unibet*, un particular en España no goza de una tutela adecuada cuando pretende cuestionar ante los Tribunales las medidas legislativas restrictivas de la libertad de empresa.

Palabras clave

Libertad de empresa; tutela judicial efectiva; leyes autoaplicativas; doctrina Unibet.

Abstract

EU law has contributed to increasing the scope of action of the freedom to conduct a business through different ways, from the freedoms of the Treaties to the action of the European legislator. This paper identifies a new contribution of EU law to the protection of this freedom, this time through the necessary reinforcement of its means of access to judicial protection. The paper analyses how the interested party has access to such protection in the Spanish legal system and concludes that, in the light of the doctrine of the Court of Justice in the *Unibet* judgment, a private individual in Spain does not enjoy adequate protection when seeking to challenge legislative measures restricting the freedom to conduct a business before the courts.

Keywords

Freedom to conduct business; effective judicial protection; self-executing law; Unibet doctrine.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA RESERVA DE LEY EN MATERIA DE LIBERTAD DE EMPRESA. III. LA DOCTRINA DEL TJUE RESPECTO A LA INEXISTENCIA DE ACCIÓN DIRECTA FRENTE A RESTRICCIONES CONTENIDAS EN UNA LEY. IV. EL REINO DE ESPAÑA INCUMPLE LA DOCTRINA SENTADA POR EL TJUE: 1. El primer pilar: la efectividad de la acción de responsabilidad patrimonial. 2. El segundo pilar: el recurso contencioso ordinario: 2.1. *Escenario en que las restricciones se establecen íntegramente en la ley, sin requerir de reglamento que la desarrolle o acto administrativo que la aplique.* 2.2. *Escenario en que las restricciones legales requieren de reglamento de desarrollo o acto administrativo de aplicación.* 3. El tercer pilar: un juez con capacidad para dejar inaplicada la norma nacional. V. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

Las normas con rango de ley son el instrumento habitual y no patológico de introducir limitaciones a los derechos y libertades fundamentales protegidos por la Constitución Española y por el derecho de la Unión Europea. Ello, que es garantía de su protección y deriva de la reserva de ley, puede constituir el más importante obstáculo para la tutela judicial efectiva de los particulares.

El presente trabajo analiza si el ordenamiento español otorga un adecuado acceso a la tutela al interesado que pretende cuestionar la conformidad con la Constitución o con el derecho de la Unión de una norma de rango legal que introduce limitaciones a su libertad de empresa¹. El análisis parte de una premisa: que

¹ Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto de investigación PID2020-113447RB-I00 (Ministerio de Ciencia e Innovación). El autor quiere agradecer las valiosas recomendaciones de los evaluadores anónimos.

El derecho a la libertad de empresa «asegura a los individuos la libertad de intercambio comercial; esto es, la capacidad de ofrecer servicios o productos en el mercado» (STC 112/2021, de 13 de mayo). Ampara «el iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial» (STC 148/2021, de 14 de julio, FJ 9). En el caso de la libertad de empresa no se trata solo del derecho a crear una empresa y actuar en el mercado, sino también la libertad de contratación, libertad de organización y libertad de inversión (STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 5). El Tribunal Constitucional remarca que la libertad de empresa incluye la libertad para «establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado» (STC 96/2013, de 23 de abril, FJ 6; también SSTC

la inexistencia de una acción directa frente a leyes no es, en sí misma, contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. Ahora bien, desde la óptica del derecho de la Unión esa conclusión es válida solo si se atienden una serie de requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). En este trabajo se opta por ceñir el análisis de la cuestión a las limitaciones legales a la libertad de empresa². Desde un punto de vista teórico, las conclusiones aquí alcanzadas podrían ser susceptibles de proyección a otros derechos y libertades, si bien tan categórica afirmación requeriría un ejercicio individualizado que desbordaría la extensión y pretensión de un trabajo de esta naturaleza³.

El trabajo comienza con un breve repaso del instituto de la reserva de ley en el ámbito de la libertad de empresa. Ese punto de partida pretende únicamente evidenciar que esa exigencia, unida a la ausencia de legitimación del particular para formular recurso directo, reconduce la tutela (esto es, el acceso del interesado a una decisión de los órganos que pueden cuestionar la norma legal) a que el órgano jurisdiccional correspondiente decida incidentalmente elevar sus dudas al Tribunal Constitucional o al TJUE.

12/2006, de 5 de abril, FJ 8, y 225/1993, de 8 de julio, FJ 3). Respecto a las limitaciones o restricciones, Paz-Ares y Alfaro entienden por limitación de la libertad de empresa toda medida «que obligue a una persona a desarrollar una actividad; que le impida desarrollarla (p. ej., prestar o adquirir un servicio o producir, comercializar o adquirir un bien); que someta dichas actividades a la obtención de un permiso, licencia, autorización o concesión; que establezca las condiciones en que puede adquirirse o comercializarse el producto o servicio; que sujete la producción o prestación de servicios al cumplimiento de requisitos de cualificación personal y, en general, cualquier limitación de la libre competencia» (2018:1266).

² La selección de la libertad de empresa como objeto de este trabajo responde a varios motivos. Primero, permite analizar la cuestión bajo la óptica de un derecho reconocido tanto en el ámbito nacional como de la Unión. Segundo, las injerencias en la libertad de empresa adoptan multitud de fórmulas que en no pocas ocasiones están íntegramente desarrolladas en la norma legal. Y tercero, se trata de una libertad que goza de la garantía de la reserva de ley, pero a la que no se acompaña en el plano nacional de una acción directa de tutela (sea recurso contra la ley o recurso de amparo constitucional). A todo ello se añade la percepción de que las limitaciones a la libertad de empresa son en España cada vez más numerosas. En ese sentido, el Informe La libertad de empresa en España. Índice de Libertad Económica 2021, elaborado por el Instituto de Estudios Económicos y The Heritage Foundation, 2021, afirma que, en términos de libertad de empresa, «destaca el abrupto descenso de hasta quince puntos que se produce durante la última década, situándonos como la sexta economía desarrollada con más trabas» (pág. 17 y 18).

³ Ello sin perjuicio de que algunas restricciones a la libertad de empresa pueden examinarse a la luz de otros derechos como la libertad de expresión en caso de restricciones a la publicidad. Véase Paz-Ares y Alfaro (2018: 1252), Lence (2017) o Cidoncha (2006: 207).

Una vez identificado el origen de la exigencia de adoptar normas con rango legal en este ámbito, se analiza si el ordenamiento español cumple con los requisitos establecidos por el TJUE para considerar cuándo un ordenamiento que no prevé recurso directo de los particulares contra la ley garantiza la tutela judicial efectiva. Estos requisitos se establecieron en el asunto *Unibet*⁴, que, en lo que ahora interesa, pasó desapercibido en España a pesar de haber sido definida como un *quasi* mandato a los legisladores y jueces nacionales para que el recurrente disponga de vías de recurso que permitan cuestionar la validez de una norma nacional a la luz del derecho de la UE (Van Waeyenberge y Pecho, 2008: 143) y de plantear una solución original e innovadora que otorga a las exigencias del principio de tutela judicial efectiva una interpretación expansiva (Díez-Picazo, 2008: 93).

Se adelanta ya la principal conclusión de este trabajo: resulta del todo cuestionable que, frente a medidas legislativas que restringen la libertad de empresa, el ordenamiento español cumpla con la doctrina sentada en el asunto *Unibet* toda vez que no proporciona, en todo caso y con la suficiente seguridad jurídica, el acceso a un juez que pueda analizar el fondo de la cuestión (esto es, la posible contradicción entre la medida legal y el derecho de la Unión o la CE).

La falta de un acceso adecuado a la tutela sitúa a los operadores en una resitura complicada ya que, en no pocas ocasiones, la única manera de obtener la necesaria tutela es incumplir la obligación legal y reaccionar frente a la sanción impuesta. Esto es una situación inaceptable a la luz de la doctrina *Unibet*, como enseguida veremos.

Adviértase que no se pretende cuestionar la importancia esencial de la ley como manifestación mediata de la soberanía popular (separado de ella por los representantes políticos) y, por tanto, como instrumento políticamente idóneo para ponderar los intereses en contradicción⁵. Este trabajo solo

⁴ STJUE de 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163.

⁵ Sobre la idoneidad política de la ley véase la STC 11/1981, de 8 de abril. Ello vendría a quebrarse, en parte, en un estado de las cosas como el actual, en que el Real Decreto-ley se ha convertido «en la principal herramienta normativa con rango de ley del Estado» (Lligadas González, 2023: 137). Respecto a las malas prácticas en esta materia véase Aragón (2016). Aunque la relación entre libertad de empresa y decretos-leyes no es una cuestión dogmáticamente pacífica, en la práctica mediante la técnica del decreto-ley se viene afectando la libertad de empresa. Como tempranamente señaló Santolaya, la libertad de empresa es un «campo característico de intervención de los Decretos-leyes tanto en el Derecho comparado como en la práctica española» (1988: 38). Al respecto cítese la STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 10.

pretende reflexionar acerca de si esa (deseable) realidad debe necesariamente implicar una limitación de las garantías de los afectados por las decisiones legislativas.

No se desconoce que la libertad de empresa no es un derecho absoluto e incondicionado, sino que se ejerce «con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general»⁶. En efecto, son muchos los ámbitos normativos que, con la finalidad de proteger bienes jurídicos de toda clase, establecen medidas limitativas de la libertad de empresa⁷. Determinar cuándo esa limitación supera los límites establecidos por la Constitución o el derecho de la Unión es cuestión reservada al Tribunal Constitucional⁸ y al TJUE, respectivamente. De ahí que el acceso del particular a estos órganos adquiera una trascendencia significativa a los efectos de su tutela judicial efectiva.

Por último, repárese en que en el presente artículo no se abordan cuestiones conexas y de gran interés, como, por ejemplo, cuál es el canon de control aplicado por los tribunales una vez se accede a la tutela efectiva (en este trabajo se cuestiona un paso previo: el acceso a la tutela)⁹. Tampoco se examina de qué manera la legalización de las medidas restrictivas a la libertad de empresa está limitando el alcance de garantías de carácter transversal como la acción prevista en favor de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que solo cabe contra actos y reglamentos.

⁶ STC 135/2012, de 19 de junio. También SSTC 225/1993, de 8 de julio, 108/2014, de 26 de junio, 53/2014, de 10 de abril, 103/2018, de 4 de octubre, 112/2021, de 13 de mayo.

⁷ La propia libertad de empresa puede suponer un bien jurídico que justifique las limitaciones a ese mismo derecho (por ejemplo, en defensa de la competencia, STC 88/1986, de 1 de julio).

⁸ STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2.

⁹ Como es sabido, el Tribunal Constitucional no aplica el canon de proporcionalidad (o escrutinio estricto) a todas las restricciones legales de la libertad de empresa, sino que lo limita a aquellas restricciones al acceso a la actividad, mientras que para las restricciones al ejercicio se aplica el canon de razonabilidad. Véanse SSTC 53/2014, de 10 de abril; 35/2016, de 3 de marzo; 30/2016, de 18 de febrero; 79/2017, de 22 de junio; 89/2017, de 4 de junio; 111/2017, de 5 de octubre; 112/2021, de 13 de mayo. Sí aplica el canon de proporcionalidad a medidas restrictivas de ejercicio de actividad que entrañen una desigualdad entre operadores (STC 7/2023, de 21 de febrero). Respecto a tal evolución, De la Quadra-Salcedo (2022: 74). Si el estándar de control descrito es contrario al derecho de la Unión excede este trabajo que, como decimos, se detiene en un estadio anterior: el acceso a la tutela.

II. LA RESERVA DE LEY EN MATERIA DE LIBERTAD DE EMPRESA

En relación con los derechos y libertades contemplados en el Capítulo II del Título I, entre los que se incluye la libertad de empresa, el art. 53 de la Constitución establece que «sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades»¹⁰. Este trabajo se centra en la primera de esas garantías por tener un impacto directo en la problemática abordada, esto es, el acceso a la tutela judicial por parte de los interesados¹¹.

La reserva de ley exige que únicamente una norma de tal rango pueda «establecer limitaciones, condicionantes o restricciones al ejercicio de unos derechos que, de lo contrario, habrían de desenvolverse de manera natural y sin ataduras»¹².

En el ámbito de la libertad de empresa la reserva de ley ha quedado ciertamente modulada. La doctrina del Tribunal Constitucional toma como punto de partida que el art. 38 de la Constitución reconoce «solo [el derecho] de iniciar y sostener la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden»¹³. En ese sentido, la libertad de empresa se desenvuelve en la económica de mercado, garantizada constitucionalmente,

¹⁰ Sobre ambos límites, véase la temprana STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2.

¹¹ Sobre el contenido esencial de la libertad de empresa véase Cidoncha (2006: 263), Viera (2010: 203), Aragón y Losada (2014: 24) o De la Quadra-Salcedo (2022: 68). Como exponen Aragón y Losada (2014: 30), a diferencia de lo que ocurre con otros derechos, el Tribunal Constitucional habría adoptado para la libertad de empresa una teoría relativa del contenido esencial que entronca ese contenido con el principio de proporcionalidad.

¹² Medina (2018:1461), que recuerda lo establecido por la STC 112/2006, de 5 de abril. Respecto a la diferencia entre delimitar un derecho y limitarlo o restringirlo, véase De la Quadra-Salcedo (2022).

¹³ STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3. Recoge la doctrina al respecto el ATC 71/2008, de 26 de febrero. La STC 83/1984, de 24 de julio, señala que el art. 38 de la Constitución tiene el «carácter de garantía institucional». Sobre tal calificación, y su tensión con la de derecho subjetivo véase Cidoncha (2006: 177), del mismo autor (2009: 175), Aragón y Losada (2014: 18) o De la Quadra-Salcedo (2022: 60), entre otros. Como expone Cidoncha, la consideración por el Tribunal de la libertad de empresa como garantía institucional, sin ser incompatible con la de derecho subjetivo, ha debilitado a este último, lo cual solo se explica como método para hacer compatible la libertad de empresa con los títulos de intervención pública en la economía que autoriza la Constitución (2009: 177). Adviértase que sentencias más recientes del Tribunal Constitucional sí se refiere a la libertad de empresa como derecho fundamental (véase SSTC 135/2012, de 19 de junio; 96/2013, de 23 de abril).

aunque sujeta a la intervención, con límites, de los poderes públicos (Aragón y Losada, 2014: 24).

Como parte de tal modulación, hoy es pacífico que la reserva de ley en el ámbito de la libertad de empresa permita restricciones reglamentarias, siempre que vengan precedidas de una habilitación legal¹⁴. Como observa Muñoz Machado (2003: 144) la ley debe contener una regulación básica de los condicionantes a la libertad de empresa, pudiendo dar entrada al reglamento para completar o desarrollar esos condicionantes. Esta habilitación podría estar basada en «cláusulas generales»¹⁵, pero sin llegar a permitir «una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador»¹⁶.

De hecho, la libertad de empresa es un ámbito donde la colaboración del reglamento está perfectamente asumida¹⁷, siendo éste un «eficaz colaborador» de la norma legal (Viera, 2010: 203). Como observa Ortega (2014: 135), fruto de lo que denomina como comprensión debilitada de la reserva de ley, la actuación del legislador es extensa dada la gran variedad de actividades afectadas, pero poco profunda o detallada. Resulta posible, y muchas veces necesario, que la norma con rango legal habilite al reglamento para complementar u optimizar la ley a través de la ordenación de «aspectos de carácter secundario y auxiliar de la regulación legal»¹⁸.

En conclusión, la reserva de ley que rige la libertad de empresa es un marco ciertamente flexible en el que se ha reconocido un amplio margen de actuación a la colaboración infralegal, siempre, claro está, en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad para con la ley. En lo que interesa a este trabajo, ello se traduce en que el legislador no está obligado a prever exhaustivamente las limitaciones a la libertad de empresa. Si lo hace es por voluntad política, pero no por mandato constitucional.

Antes de pasar al siguiente apartado interesa dejar constancia que el derecho de la Unión, que reconoce la libertad de empresa de manera expresa, utiliza también la reserva de ley como mecanismo de garantía.

¹⁴ El Tribunal Constitucional llega a afirmar que cuando una restricción a esta libertad tiene origen en la ley «ello no [es] por exigencia [del art. 38 CE], sino en razón de otros artículos de la Constitución, que configuran reservas específicas de Ley» (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3).

¹⁵ STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3.

¹⁶ STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4. Véase también STC 18/2011, de 3 de marzo, FJ 9.

¹⁷ STC 227/1993, de 9 de julio, FJ 4. En ese sentido véase también Lence (2017).

¹⁸ STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 5.

La libertad de empresa se recoge en el art. 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, la Carta) y según el TJUE «implica la libertad para ejercer una actividad económica o mercantil, la libertad contractual y la libre competencia»¹⁹. En el ámbito del derecho de la Unión la libertad de empresa tampoco es ilimitada²⁰ y puede quedar sometida a las intervenciones del poder público²¹. En esa línea, el TJUE recuerda que se trata de una libertad que debe «tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad»²².

Ahora bien, cualquier limitación de los derechos y libertades allí reconocidos deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial, tal y como exige el art. 52 de la Carta. Como recuerda Azpitarte (2019: 1631) estos requisitos operan también cuando la restricción del derecho de la Carta proviene del ordenamiento nacional²³. Hasta donde conoce este autor, el TJUE no se ha pronunciado de manera específica sobre el alcance de la reserva de ley

¹⁹ STJUE de 2 de junio de 2022, Skeyes, C-353/20, ECLI:EU:C:2022:423, apdo. 48. El TJUE señala que esa libertad «incluye en particular el derecho de toda empresa a poder disponer libremente, dentro de los límites de la responsabilidad que asume por sus propios actos, de los recursos económicos, técnicos y financieros de que dispone». Y se refiere también a «la libre elección de clientes y proveedores y a la libertad para determinar el precio de las prestaciones» (STJUE de 21 de diciembre de 2021, Bank Melli Iran, C-124/20, ECLI:EU:C:2021:1035, apdo. 78). Sobre la evolución y las muchas aristas del concepto de la libertad de empresa en el ámbito del derecho de la Unión, véase García Pechuán (2019).

²⁰ STJUE de 2 de junio de 2022, Skeyes, C-353/20, ECLI:EU:C:2022:423, apdo. 66; y STJUE de 21 de diciembre de 2021, Bank Melli Iran, C-124/20, ECLI:EU:C:2021:1035, apdo. 80.

²¹ STJUE de 21 de diciembre de 2021, Bank Melli Iran, C-124/20, ECLI:EU:C:2021:1035, apdo. 50 y 81.

²² STJUE de 9 de septiembre de 2004, España y Finlandia c. Parlamento y Consejo, C-184/02 y C-233/02, ECLI:EU:C:2004:497, apdo. 52.

²³ Este autor recuerda que la Abogada General Trstenjak ha llegado a afirmar que en esos casos la interpretación del límite de la reserva de ley debía ser interpretado de manera amplia «de manera que (teniendo en cuenta especialmente las diferentes tradiciones legislativas de los Estados miembros) también incluya el Derecho consuetudinario y la jurisprudencia» (Conclusiones de 22 de septiembre de 2011, N.S., C-411/10, ECLI:EU:C:2011:611, nota al pie núm. 75). Frente a esa concepción flexible, el Abogado General Cruz Villalón apuntó la necesidad de que se interprete que *ley* a los efectos del art. 52 de la Carta se entendiese en el sentido parlamentario del término (Conclusiones de 14 de abril de 2011, Scarlet Extended, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:255, apdo. 113). En este último asunto se analizó también la densidad reguladora o *calidad* de la ley.

en el ámbito de la libertad de empresa. De sus pronunciamientos, que abordan la cuestión sin detenerse en exceso en este requisito, sí puede deducirse que el art. 52 de la Carta no se opone a que la restricción a la libertad de empresa se encuentre en una actuación infralegal, siempre y cuando exista una cobertura legal que la habilite²⁴.

Los derechos reconocidos en la Carta resultan de aplicación directa a los Estados miembros únicamente cuando estos apliquen derecho de la Unión (art. 51 de la Carta). Así pues, si la norma legal nacional se refiere a situaciones no cubiertas por el derecho de la Unión, la Carta no resulta de aplicación²⁵. En esas situaciones, la posibilidad de que una medida nacional contraria a la libertad de empresa pueda cuestionarse se dará siempre y cuando (y solo si) la medida o práctica nacional vulnera alguna de las libertades del mercado interior²⁶. Sin embargo, aunque la defensa de esas libertades en ocasiones tenga por efecto la protección de la libertad de empresa, no es ese su principal objetivo. Así, podrían darse medidas que vulneran abiertamente la libertad de empresa, pero que no sean contrarias a ninguna de las cuatro libertades (por faltar, por ejemplo, un elemento transfronterizo) y, al contrario, restricciones a una de las libertades que no supusieran una restricción a la libertad de empresa²⁷. Por tanto, debe advertirse que frente a una medida legal nacional que no es aplicación del derecho de la Unión, el particular no puede invocar la libertad de empresa recogida en la Carta sino que deberá construir su defensa desde la rica doctrina jurisprudencial existente en torno a las cuatro libertades.

²⁴ STJUE de 20 de diciembre de 2017, Polkomtel, C-277/18, ECLI:EU:C:2017:989, apdo. 52: « [la decisión administrativa cuestionada] fue adoptada de conformidad con la normativa nacional que tenía por objeto transponer al Derecho nacional la Directiva acceso y que esa normativa le confiere la competencia de imponer obligaciones de orientar los precios en función de los costes y de modificar esos precios anualmente». Aunque no se refiere a la libertad de empresa, el TJUE ha considerado que la reserva de ley se observa en casos de normas dictadas por el Gobierno con carácter de urgencia (STJUE de 15 de septiembre de 2016, Star Storage, C-439/14 y C-488/14, ECLI:EU:C:2016:688, apdo. 50)

²⁵ STJUE de 19 de noviembre de 2019, TSN, C-609/17 y C-610/17, ECLI:EU:C:2019:981, apdo. 42.

²⁶ Sobre las cuatro libertades véase Barnard (2019) y Sarmiento (2022: 513 a 620).

²⁷ Esta distinción dependerá, claro está, del caso concreto. Existirán supuestos en los que la vulneración de las libertades sea, a su vez, vulneración de los derechos de la Carta si estos resultasen aplicables (véase, por ejemplo, la STJUE de 30 de abril de 2014, Pfefer, C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281, apdo. 59).

III LA DOCTRINA DEL TJUE RESPECTO A LA INEXISTENCIA DE ACCIÓN DIRECTA FRENTE A RESTRICCIONES CONTENIDAS EN UNA LEY

La libertad de empresa se tutela por todos los órganos jurisdiccionales. Dicho eso, si la restricción a tal libertad se regula exhaustivamente en una norma con rango legal podría ello obstaculizar el acceso a la tutela por parte de los interesados. Así ocurrirá si los particulares carecen de recurso directo frente a la norma legal, cualquiera que sea su forma: la de recurso de inconstitucionalidad (reservado en España a un conjunto privilegiado de legitimados) o la de recurso de amparo (del que queda excluida la libertad de empresa²⁸).

Ahora bien, un ordenamiento que carezca de recurso directo frente a normas legales no es necesariamente contrario a la tutela judicial efectiva siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones. En ese sentido, el TJUE afirmó que el principio de tutela judicial efectiva «no exige, de por sí, que exista una acción autónoma que tenga por objeto, con carácter principal, impugnar la conformidad de las disposiciones nacionales con normas comunitarias, siempre que se garantice el respeto de los principios de equivalencia y de efectividad en el marco del sistema de vías jurisdiccionales internas»²⁹. Para ello, el ordenamiento nacional debe permitir «obtener el examen, con carácter incidental, de esta cuestión de conformidad en el marco de procedimientos iniciados ante la jurisdicción ordinaria o ante la jurisdicción administrativa»³⁰. Como se aprecia, *Unibet* conecta de manera directa, aunque implícita, la tutela judicial efectiva con los principios de equivalencia y efectividad aplicados a las vías internas de recurso³¹.

En otras palabras, la tutela judicial frente a normas legales no se ve afectada por la ausencia de un recurso directo siempre y cuando existan otras vías de recurso que permitan examinar la conformidad de la medida legislativa nacional con el derecho de la Unión. A falta de una armonización a nivel europeo, esas vías alternativas de recurso son establecidas por los Estados en ejercicio de su autonomía procedimental e institucional y bajo los límites de

²⁸ STC 46/1983, de 27 de mayo, FJ 6.

²⁹ STJUE de 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, apdo. 47.

³⁰ *Ibid.*, apdo. 49.

³¹ La doctrina observa una cada vez más estrecha relación entre el principio de efectividad en el ámbito procesal y la tutela judicial efectiva. Al respecto véase Cobreros (2015b:183). Un repaso al estado de la cuestión puede verse en Eliantonio y Muir (2019).

los principios de equivalencia y de efectividad³². En este trabajo resulta relevante el segundo de esos límites.

En su análisis de efectividad de los remedios alternativos al recurso directo, el TJUE valora distintas vías existentes en el ordenamiento allí analizado (vías que son reconocibles en el ordenamiento español).

En primer lugar, el TJUE comprueba que el interesado pueda acceder a un examen de conformidad de la ley con el derecho de la Unión «en el marco de una acción indemnizatoria ejercitada ante la jurisdicción ordinaria»³³. El juez debe poder realizar el examen de conformidad «con independencia de la apreciación de fondo sobre los requisitos relativos al daño y a la relación de causalidad»³⁴. Se exige, pues, un análisis autónomo de la conformidad de la norma legislativa con el ordenamiento europeo. Puede ocurrir, por tanto, que se identifique una vulneración del ordenamiento europeo, pero no se estime la acción si no se cumplen los demás requisitos. En cierta medida, la acción de responsabilidad se desnuda de parte de su naturaleza principal (mecanismo de tutela resarcitoria) para convertirse en una acción instrumental de contraste de ordenamientos.

En segundo lugar, el TJUE afirma que se garantiza el acceso a la tutela judicial efectiva si se prevé frente a la actuación administrativa un recurso contencioso-administrativo que permita al interesado «obtener una resolución judicial que declarase la incompatibilidad de dichas disposiciones con el Derecho comunitario»³⁵ y el órgano jurisdiccional competente estuviera «obligado, en su caso, a dejar inaplicadas las disposiciones de esta Ley que no considerase conformes con el Derecho comunitario»³⁶. En el caso examinado por el TJUE, el ordenamiento en cuestión permitía recurrir la denegación de una solicitud del interesado al Gobierno consistente en acordar «una dispensa a la prohibición de promocionar sus servicios en Suecia». En el marco de ese recurso, el particular «podría alegar la incompatibilidad de las disposiciones de la Ley de Loterías con el Derecho comunitario»³⁷.

En tercer y último lugar, el TJUE constata que el interesado puede impugnar las medidas administrativas o penales que le fuesen a imponer

³² Sobre equivalencia y efectividad en el ámbito procesal, Gutman (2019), Quesada (2019) y Gascón (2018).

³³ STJUE de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, apdo. 56.

³⁴ *Ibid.*, apdo. 59.

³⁵ *Ibid.*, apdo. 61.

³⁶ *Ibid.*, apdo. 60.

³⁷ Una construcción primitiva de esta idea se encuentra ya en la STJUE de 1 de abril de 2004, Comisión c. Jégo-Quéré, C-263/02 P, ECLI:EU:C:2004:210, apdo. 35.

por incumplir la ley nacional y, en el marco de ese procedimiento, se le permite invocar la disconformidad con el Derecho comunitario de esas medidas³⁸. Ahora bien, el TJUE concluye que esta vía de recurso frente a sanciones no puede ser el único o principal cauce procesal existente ya que, de serlo, se estaría vulnerando la tutela judicial efectiva.

El Tribunal señala que si el interesado «tuviera que exponerse a ser objeto de procedimientos administrativos o penales, y a las sanciones que de ellos se puedan derivar, por ser éste el único cauce procesal para impugnar la conformidad de las disposiciones nacionales controvertidas con el Derecho comunitario, no quedaría suficientemente garantizada dicha tutela judicial efectiva»³⁹. Como observa Díez-Picazo (2008: 93), este pronunciamiento de *Unibet* supone que a los particulares «no les es exigible afrontar el riesgo de una sanción para obtener la aplicación del Derecho comunitario frente al Derecho nacional».

En definitiva, el ordenamiento nacional que no prevé una acción directa frente a una ley pretendidamente contraria al derecho de la Unión cumple con el derecho a la tutela judicial efectiva siempre que permita al interesado cuestionar la ley ante un juez que tenga capacidad de dejarla inaplicada en el marco de una acción indemnizatoria o de una acción frente a la desestimación por silencio de la solicitud formulada ante la Administración de suspensión de la aplicación de la ley (alternativamente, parece deducirse de la Sentencia, un recurso contencioso-administrativo que permitiese «obtener una resolución judicial que declarase la incompatibilidad de dichas disposiciones con el Derecho comunitario»). En ningún caso quedaría garantizada la tutela judicial si el único cauce procesal fuese el recurso frente a sanciones impuestas por incumplir la norma legal.

A continuación se argumenta que el ordenamiento español, que no contempla una acción autónoma frente a la ley, tampoco cuenta con vías de tutela que permitan dar por cumplido el requisito de efectividad del derecho a la tutela judicial establecido por el TJUE en el asunto *Unibet*.

IV. EL REINO DE ESPAÑA INCUMPLE LA DOCTRINA SENTADA POR EL TJUE

En España el interesado no cuenta con un cauce procesal que ofrezca garantías suficientes para combatir las leyes que incluyen limitaciones al ejercicio de la libertad de empresa. Esta conclusión se alcanza tras proyectar la

³⁸ *Ibid.*, apdo. 62.

³⁹ *Ibid.*, apdo. 64. Esa misma idea se encuentra en la STJUE de 3 de octubre de 2013, Inuit Tapiriit Kanatami, C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625, apdo. 104.

doctrina *Unibet*, que acabamos de describir, sobre tres planos diferentes: (i) la falta de efectividad del sistema español de responsabilidad patrimonial frente a decisiones del legislador; (ii) la insuficiencia de la vía de recurso contencioso-administrativo para combatir las restricciones impuestas por el legislador; y (iii) las dificultades que existen para que los jueces dejen inaplicadas normas con rango de ley.

A continuación analizamos cada uno de estos aspectos si bien antes interesa apuntar que en el caso Español existe una dificultad adicional. Nos referimos aquí al hecho de que la tutela del interesado frente a la norma legal cuestionada descansa en dos circunstancias que deben concurrir simultáneamente (a) la puesta en marcha de la vía ordinaria de recurso; y (b) que en el marco de ese recurso el juzgador considere que existen dudas acerca de la validez de la norma cuestionada y decida elevar la correspondiente cuestión, sea prejudicial ante el TJUE o de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Solo si se cumplen ambas circunstancias el interesado podrá formular las correspondientes alegaciones ante esos órganos⁴⁰.

Se trata, en definitiva, de un sistema de tutela pospuesta, mediata y mediatizada cuya característica común (sea cuestión prejudicial⁴¹ o cuestión de inconstitucionalidad⁴²) es que su régimen jurídico, o la manera en que éste

⁴⁰ Art. 23 del Estatuto del TJUE y art. 37.2 LOTC, respectivamente. En el caso de la cuestión de inconstitucionalidad, antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo las partes no podían personarse ante el Tribunal; en el caso de leyes singulares ello fue cuestionado por la STEDH de 23 de junio de 1993, Ruiz-Mateos c. España, núm. 2/1992/347/420. La opinión del Tribunal Constitucional respecto de la citada STEDH puede verse en ATC 349/1995, de 21 de diciembre. Esta situación quedó superada con la reforma del art. 37 LOTC operada en 2007.

⁴¹ Respecto a la cuestión prejudicial de interpretación, el deber de elevar solo se predica en casos de órganos de última instancia. La doctrina del TJUE (y su aplicación) otorga un margen amplio de apreciación; tanto que se afirma que existiría más bien un deber de motivación del no planteamiento (Millet, 2023). Más gráficamente, M. Bobek calificó la obligación de elevar y sus excepciones como un “dragón dormido” necesario de revisión para «quizá algún día, hacerlos cumplir» (Conclusiones de 15 de abril de 2021, Consorzio Italian Management, C-561/19, ECLI:EU:C:2021:291, apdo. 3).

⁴² La cuestión de inconstitucionalidad se configura como una prerrogativa del órgano jurisdiccional, como un no-derecho, en término acuñado por Requejo (2016:5). Como se afirma en la STS de 8 de junio de 2021, rec. 2554/2014, ECLI:ES:TS:2021:2326, que recoge la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, «no existe un derecho de las partes al planteamiento de la indicada

se interpreta, otorga un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales que conocen del recurso.

Ese margen de apreciación ha sido cuestionado por el Tribunal Constitucional en el ámbito de las leyes singulares autoaplicativas, particularmente cuando éstas tienen un carácter singular⁴³. La STC 129/2013, de 4 de junio, afirma que la tutela judicial exige que sus titulares puedan acceder al Tribunal Constitucional reclamando el control de constitucionalidad de la norma legal autoaplicativa. Así, afirma que «el art. 24.1 CE exige que su titular pueda instar la tutela que el precepto consagra, requisito éste que no se cumple en el caso de las leyes autoaplicativas en las que el planteamiento de la cuestión es una prerrogativa exclusiva del Juez, pero no un derecho del justiciable»⁴⁴. Como observa Requejo (2016: 14) nada obstaría a que esta doctrina pudiese extenderse a las leyes autoaplicativas de carácter general.

En cualquier caso, el examen del funcionamiento y disfuncionalidades de la cuestión prejudicial y de la cuestión de inconstitucionalidad excede el objeto de este trabajo⁴⁵. A los efectos del análisis que sigue se asume un enfoque

cuestión, pues es una potestad que la Constitución atribuye en régimen de monopolio a los órganos jurisdiccionales, cuando duden de la constitucionalidad de la norma legal aplicable al caso».

⁴³ Al respecto véase Requejo (2016), Montilla (2015), Santamaría (2014). Los autores dejan constancia del recorrido jurisprudencial en relación con las leyes singulares autoaplicativas (SSTC 166/1986, de 19 de diciembre; 48/2005, de 3 de marzo; 129/2013, de 4 de junio; 203/2013, de 5 de diciembre).

⁴⁴ Esa misma STC 129/2013, de 4 de junio, que declara inconstitucional la ley, exige que «el control que realice el Tribunal Constitucional sea suficiente para brindar una tutela materialmente equivalente a la que puede otorgar, frente a un acto administrativo, la jurisdicción contencioso-administrativa (STC 48/2005, de 3 de marzo, FJ 6), pues en modo alguno la reserva de ley puede servir como instrumento dirigido a evitar o disminuir la protección de los derechos e intereses legítimos amparados por la legalidad ordinaria». Santamaría (2014: 184) considera que esta STC establece un doble requisito para que una norma singular autoaplicativa sea constitucional: el de acceso a la tutela judicial y el de control materialmente equivalente por el Tribunal Constitucional. Como señala Requejo (2016: 11), esta doctrina deja una situación cuya solución exigiría bien considerar que la petición de planteamiento de la cuestión es vinculante para el órgano jurisdiccional, bien arbitrar un recurso directo contra leyes singulares.

⁴⁵ Respecto a la cuestión prejudicial, Sarmiento y Arnaldo (2023: 105) observan que resulta cuestionable afirmar que en España se plantea un «número exacerbado» de cuestiones prejudiciales. Respecto a la cuestión de inconstitucionalidad, entre 2017 y 2021 ingresaron en el Tribunal Constitucional 170 cuestiones de inconstitucionalidad,

prudente, esto es, que los mecanismos de elevación de cuestiones funcionan adecuadamente. De partirse de la premisa contraria, las conclusiones de este trabajo se verían reforzadas.

Apuntado lo anterior, es momento ya de analizar si el Reino de España da debido cumplimiento a los requisitos establecidos o pilares en el asunto *Unibet* para que la tutela judicial se vea satisfecha en aquellos ordenamientos que no prevén un recurso directo frente a normas con rango legal.

1. EL PRIMER PILAR: LA EFECTIVIDAD DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

En primer lugar, la jurisprudencia *Unibet* exige que el particular pueda acceder al examen de la conformidad de la ley nacional con el derecho de la Unión en el marco de una acción indemnizatoria.

El TJUE ha señalado en repetidas ocasiones que la tutela resarcitoria es inherente al sistema establecido por los Tratados⁴⁶ y, a tal fin, ha establecido los requisitos sustantivos para que surja el derecho a indemnización. Sin embargo, la concreta configuración legal de la acción de responsabilidad se remite a los ordenamientos nacionales. En el ordenamiento español tal mecanismo de tutela se prevé en los arts. 32 a 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (aspectos sustantivos) y en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (aspectos procedimentales). Como apunta Cobreros (2015b: 179), el legislador acercó los requisitos procedimentales de este régimen al de la responsabilidad del Estado por leyes contrarias a la Constitución como consecuencia del reproche del TJUE en el asunto *Transportes Urbanos*⁴⁷.

Para dar por cumplido el primer requisito *Unibet*, ese mecanismo de tutela resarcitoria por daño derivado de leyes contrarias al derecho de la Unión debe ser efectivo. Cabe plantearse, pues, si el régimen español lo es. Y la respuesta a ello nos la ha dado ya el propio TJUE, que ha declarado que el sistema español de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por

unas 35 por año, frente a 35.567 recursos de amparo, unos 7.000 por año (véase Memoria del Tribunal Constitucional del año 2021, marzo 2022, Cuadro nº 17).

⁴⁶ El *leading case* fue la STJUE de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428, apdo. 35. Su consolidación vino con la STJUE de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, C46/93 y C48/93, EU:C:1996:79, apdo. 31.

⁴⁷ STJUE de 26 de enero de 2010, Transportes Urbanos, C-118/08, ECLI:EU:C:2010:39.

normas que violen el derecho de la Unión es contrario al principio de efectividad que rige como límite del principio de autonomía procedimental de los Estados y que impide que una norma o práctica estatal haga imposible o excesivamente difícil obtener el remedio exigido por el ordenamiento⁴⁸.

No es lugar para profundizar en esta decisión, que merece por su complejidad y autonomía atención exclusiva, como ya han hecho, entre otros Cobreros (2022) e Iglesias (2023). Baste aquí dejar constancia de que el TJUE considera no efectiva la acción de responsabilidad que prevé el ordenamiento español porque (i) exige una sentencia previa del TJUE que haya declarado el carácter contrario al derecho de la Unión de la ley aplicada; (ii) exige, sin excepciones, que el particular haya obtenido una sentencia firme desestimatoria contra la actuación que le ocasionó el daño⁴⁹; (iii) limita el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad a un año desde la publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia, sin prever supuestos en los que no exista tal sentencia; y (iv) solo considera indemnizables los daños producidos los cinco años anteriores a la fecha de publicación de la sentencia.

En el momento de escribir estas líneas el Reino de España no había reformado su sistema de responsabilidad patrimonial, si bien existía un anteproyecto de ley a tal efecto⁵⁰. Mientras que tal norma se reforma, el Tribunal Supremo proporciona su propia interpretación del fallo⁵¹. Por tanto, uno de los cauces procesales que permite satisfacer la garantía de la tutela judicial en defecto de recurso directo contra la ley, genera hoy una inadmisibile inseguridad jurídica.

Una vez aprobada la reforma habrá que examinar si la acción cumple con los requisitos establecidos para constituir efectivamente el primer pilar *Unibet*.

⁴⁸ STJUE de 28 de junio de 2022, Comisión c. Reino de España, C-278/20, ECLI:EU:C:2022:503.

⁴⁹ En este reproche existen matices. El TJUE confirma que sí es posible exigir al particular que haya ejercido las acciones que le correspondían siempre y cuando ello no ocasionase dificultades excesivas o no pudiera razonablemente exigirse que las ejercitase (apdo. 123). Según el TJUE, no sería exigible acción alguna cuando el daño derive de acto u omisión del legislador que no origine actuación administrativa impugnabile.

⁵⁰ Se trata del Anteproyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por daños derivados de la infracción del Derecho de la Unión.

⁵¹ Por ejemplo, STS de 8 de marzo de 2023, rec. 258/2020, ECLI:ES:TS:2023:769, FJ 8 y 9.

En particular, interesa a este trabajo dejar apuntado que la norma prevista no impone al juez que examine la conformidad con el derecho de la Unión con independencia de la apreciación de fondo sobre los requisitos relativos al daño y a la relación de causalidad, como exige *Unibet*. Ante la ausencia de previsión expresa en la norma, tendrán que ser los órganos jurisdiccionales nacionales los que adopten esa práctica.

Por último, cabe plantearse siquiera brevemente si los reproches realizados por el TJUE son extensibles a la acción de responsabilidad por leyes inconstitucionales en la medida en que ambas acciones compartían, en lo esencial, los requisitos procedimentales para su ejercicio que han sido objeto de reproche por el TJUE⁵². Desde luego, la decisión de ese Tribunal ha evidenciado muchos de los problemas que afectan a ambas figuras y ha creado una situación de fragmentación de tutela que es del todo cuestionable al situar bajo dos niveles de protección distintas situaciones que en apariencia son similares (vulneraciones del Estado legislador).

Sin embargo, la respuesta no es obvia ya que el argumento del TJUE gira en torno al principio de efectividad, un principio de la Unión que no es un canon de constitucionalidad⁵³. Por tanto, puede ocurrir que una acción contraria al principio de efectividad del derecho de la Unión no sea necesariamente contraria a la Constitución.

El cuestionamiento constitucional de la configuración legal de la acción de responsabilidad por leyes inconstitucionales deberá construirse sobre los límites constitucionales. Al respecto, el Tribunal Constitucional ya ha manifestado que la tutela frente al Estado legislador por leyes inconstitucionales no viene exigida por el art. 106.2 de la Constitución⁵⁴. Por su parte, el Tribunal Supremo sí considera que tal acción deriva del texto constitucional y, en parti-

⁵² Respecto a los requisitos sustantivos, la gran diferencia radica en que el sistema de responsabilidad por incumplimiento de derecho de la Unión exige que la violación esté suficientemente caracterizada, siguiendo así la reiterada doctrina del TJUE al respecto. Este Tribunal ya ha señalado que el principio de equivalencia «no puede fundamentar la obligación de los Estados miembros de permitir que nazca un derecho a indemnización conforme a requisitos más favorables que los previstos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia» (STJUE de 28 de junio de 2022, Comisión c. Reino de España, C-278/20, ECLI:EU:C:2022:503, apdo. 179).

⁵³ La doctrina observa una cada vez más estrecha relación entre el principio de efectividad en el ámbito procesal y la tutela judicial efectiva. Al respecto véase Cobreros (2015b:183). Un repaso al estado de la cuestión puede verse en Eliantonio y Muir (2019).

⁵⁴ STC 112/2018, de 17 de octubre, FJ 4.

cular, del principio de responsabilidad de los poderes públicos que recoge el art. 9.3 de la Constitución⁵⁵.

Por otro lado, desde la óptica de la tutela judicial efectiva (este sí, un derecho con su equivalente nacional) quizá puede argumentarse que tal derecho exige que el juez que conoce de la acción de responsabilidad deba examinar la conformidad de la ley con la Constitución «con independencia de la apreciación de fondo sobre los requisitos relativos al daño y a la relación de causalidad» (en términos de la doctrina *Unibet*), al menos en aquellos ámbitos en los que el interesado no ha tenido posibilidad de acudir a otra vía de tutela (el recurso contencioso-administrativo frente a la actuación Administrativa, del que enseñamos hablamos). Esta exigencia desnaturaliza en cierta medida la acción, cuya finalidad es precisamente resarcir de un daño. Ahora bien, lo que subyace a esta exigencia de *Unibet* es la configuración de una vía alternativa de tutela a los efectos de la efectividad del derecho a la tutela judicial en un contexto en que no existe recurso directo frente a norma legal. Adquiere así la acción indemnizatoria una naturaleza instrumental en aquellas situaciones en las que no ha resultado jurídicamente viable obtener tutela judicial por otra vía (recordemos que no es aceptable que esa vía sea el recurso frente a las sanciones).

2. EL SEGUNDO PILAR: EL RECURSO CONTENCIOSO ORDINARIO

El segundo pilar examinado por la doctrina *Unibet* es la posibilidad de cuestionar la ley a través de un recurso contencioso-administrativo. El análisis de este pilar pasa por diferenciar si estamos ante una restricción legal cuya eficacia requiere de desarrollo reglamentario o acto administrativo de aplicación o, por el contrario, se trata de una ley autoaplicativa.

2.1. Escenario en que las restricciones se establecen íntegramente en la ley, sin requerir de reglamento que la desarrolle o acto administrativo que la aplique

En este primer caso estaríamos ante lo que se califica como norma autoaplicativa⁵⁶. Recordemos que frente a leyes autoaplicativas el particular en

⁵⁵ Un repaso de la cuestión en STS de 27 de octubre de 2020, rec. 454/2018, ECLI:ES:TS:2020:3324, la sentencia del caso Castor, que tiene una doble particularidad: la antijuridicidad derivó de la declaración de inconstitucionalidad de la ley; y que se trataba de una ley autoaplicativa (FJ 6).

⁵⁶ Véanse los trabajos ya citados de Requejo (2016), Montilla (2015) y Santamaría (2014). El Tribunal Constitucional ha puesto límites a las normas autoaplicativas

España carece de acción directa, siquiera cautelar⁵⁷. Por tanto, en los casos de normas autoaplicativas el particular se encuentra forzado a cumplir con la obligación legal impuesta o, en caso contrario, exponerse a la sanción correspondiente. Y esto es precisamente lo que *Unibet* no admite como vía alternativa que permita garantizar la tutela judicial efectiva⁵⁸.

Esta situación se salva en el asunto *Unibet* porque el ordenamiento objeto de análisis establecía una solución *ad hoc* consistente en que el interesado excitaba un acto administrativo planteando ante la Administración una solicitud de suspensión de aplicación de la norma con rango de ley. Entonces, frente a la desestimación administrativa de tal solicitud, podía el interesado acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que entraba en el fondo del asunto.

Esta solución no parece encajar con el sistema administrativo español donde la Administración no puede decidir la suspensión de la aplicación de una norma, cualquiera que sea su rango⁵⁹. Por tanto, una solicitud del particular a la Administración interesando la suspensión de una obligación legal estaría condenada a la inadmisión. En ese caso, la función esencialmente revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa limitaría el análisis del posterior recurso a enjuiciar si la Administración debía o no entrar a conocer del asunto. Su más que probable conclusión sería que el ordenamiento español no prevé tal posibilidad. Ese juez no entraría en el fondo de la cuestión, que es lo exigido por la doctrina *Unibet*⁶⁰. Así pues, *a priori*, salvo que se articule un cambio legislativo en la norma rituarial contencioso-administrativa, la posibilidad prevista en *Unibet* no es viable.

Sin embargo, en aquellos ámbitos de aplicación del derecho de la Unión, la Administración tiene el deber de inaplicar el derecho nacional que sea

cuando tienen carácter singular. Al respecto la STC 129/2013, de 4 de junio, FJ 4 y la STS de 27 de octubre de 2020, rec. 454/2018, ECLI:ES:TS:2020:3324, FJ 7. Este supuesto, junto con las omisiones de actuación legislativa, fue identificado por el TJUE como deficiencias del sistema española de recursos (STJUE de 28 de junio de 2022, C-278/20, Comisión c. Reino de España, ECLI:EU:C:2022:503, apdo. 67).

⁵⁷ Como recuerda Montilla (2015: 290), el art. 46.2 del proyecto de LOTC incluía un recurso de amparo frente a «previsiones de una ley que hubieren de ser cumplidos directamente sin previo requerimiento o acto de sujeción individual (...) en el plazo de tres meses, a contar desde el día siguiente a la publicación de la ley».

⁵⁸ STJUE de 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, apdo. 64.

⁵⁹ ATC núm 90/2010, de 14 de julio: «la Constitución no prevé que, tras su entrada en vigor, la Ley estatal pueda ver impedida su aplicabilidad mediante una medida suspensiva o cautelar».

⁶⁰ STJUE de 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, apdo. 61.

contrario a tal derecho siempre que este goce de efecto directo. Así se deriva del mandato del TJUE recogido en el asunto *Costanzo*⁶¹.

Cabe plantearse, pues, si esta doctrina *Costanzo* es aplicada de forma pacífica en España. Tanto el Tribunal Constitucional como, no sin dificultades, el Tribunal Supremo, incorporan en su razonamiento la mencionada doctrina⁶². En cambio, mayores dificultades plantea afirmar que la Administración se atiene a ella. Como señala el Tribunal Supremo «un elemental ejercicio de empatía y el conocimiento de la realidad jurídica cotidiana permiten ser conscientes de las extraordinarias e indudables dificultades que, para la Administración, comporta en la práctica la jurisprudencia *Costanzo*»⁶³. Y es que, la realidad práctica muestra que la Administración es reticente a aplicar la doctrina *Costanzo*⁶⁴. Un enfoque que tiene su lógica si se atiende a la inexistencia de una previsión normativa interna que avale esa actuación de inaplicación total o temporal (suspensión) de una norma nacional y que demuestra que en la práctica la posibilidad de excitar un acto administrativo desestimatorio de la solicitud de suspensión de la ley no proporciona la suficiente seguridad jurídica.

Por tanto, en supuestos de medidas legales restrictivas a la libertad de empresa que tengan carácter autoaplicativo, el interesado no goza de un recurso como el que se plantea en *Unibet*, esto es, que pudiera excitarse un acto administrativo recurrible solicitando la suspensión de la aplicación de la norma legal.

⁶¹ STJUE de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo, C-103/88, ECLI:EU:C:1989:256, apdo. 33. Doctrina reiterada en innumerables ocasiones, véase STJUE de 20 de abril de 2023, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Commune de Ginosa), C-348/22, ECLI:EU:C:2023:301, apdo. 78.

⁶² Cobreros (2015a) hace referencia a la STC 145/2012, de 2 de julio y al pronunciamiento recogido en la STS 23 de mayo de 2012, rec. 7113/2010, ECLI:ES:TS:2012:3879, donde se niega la aplicación de *Costanzo* por la sumisión de la Administración a la ley. Más recientemente, la STS 16 noviembre 2021, rec. 2871/2020, ECLI:ES:TS:2021:4371 sí establece expresamente que la Administración no puede desatender el compromiso de la doctrina *Constanzo*.

⁶³ STS 16 noviembre 2021, rec. 2871/2020, ECLI:ES:TS:2021:4371. Esas dificultades se ejemplifican en la pregunta formulada al TJUE por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el asunto *Anesco* C-462/19, donde expresamente preguntó si debía atenerse a la doctrina *Costanzo*. Que una Administración sofisticada en materias de derecho de la Unión haga esa pregunta demuestra las reservas que existen ante tal doctrina por parte de la Administración española.

⁶⁴ Sobre una interpretación que puede servir para cohonestar las exigencias de la doctrina *Costanzo* y las reticencias de las Administraciones españolas véase Cobreros (2015a: 204).

Solo el hecho de no positivizar esta alternativa enfrenta al operador a una falta de seguridad jurídica que neutraliza esta vía como posible alternativa a los efectos del segundo pilar de la doctrina *Unibet*. Y frente a ello no resulta posible esgrimir que el sistema de tutela cautelar frente a la sanción por incumplimiento de la ley cumpliría con esa finalidad. No solo porque ya se habría producido la imposición de la sanción administrativa sino también porque el examen realizado en el marco del juicio cautelar es, por su propia naturaleza, muy limitado y no entra al fondo de la cuestión.

2.2. Escenario en que las restricciones legales requieren de reglamento de desarrollo o acto administrativo de aplicación

Cuando la restricción legal exige un reglamento o un acto aplicativo para desplegar sus efectos, las posibilidades de tutela aumentan, al tratarse de instrumentos que pueden ser recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Ahora bien, tal vía de tutela está amenazada por cierta interpretación restrictiva mantenida por el Tribunal Supremo, que en ocasiones no admite que el recurso se construya en torno a los vicios propios de la norma legal de cobertura.

El Alto Tribunal reprocha que un recurso contencioso-administrativo centre sus argumentos «en vicios directamente imputables a la norma de rango legal, en sí misma considerada, con el propósito de que esta Sala, en los términos y con las condiciones y requisitos del artículo 163 de la Constitución y 35 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, plantee cuestión de inconstitucional (...) o bien suscite cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea»⁶⁵. No es válido, dice el Alto Tribunal, pretender utilizar la jurisdicción ordinaria como «mero correo o instrumento para canalizar una pretensión que, en tales términos de abstracción, no le reconoce el ordenamiento, menos aún a los sujetos particulares»⁶⁶. Conforme a esta doctrina, se exige la existencia de una conexión entre los motivos de impug-

⁶⁵ STS de 8 de junio de 2021, rec. 2554/2014, ECLI:ES:TS:2021:2326; que se reitera en la STS de 10 de junio de 2021, rec. 3817/2014, ECLI:ES:TS:2021:2390. En ambos casos se cita como fundamento la STS de 15 de abril de 2021, rec. 517/2015, ECLI:ES:TS:2021:1460.

⁶⁶ STS de 10 de marzo de 2020, rec. 3891/2017, ECLI:ES:TS:2020:1118 y la saga de sentencias que la siguen: STS de 10 de marzo de 2020, rec. 3891/2017, ECLI:ES:TS:2020:1118; STS de 10 de marzo de 2020, rec. 3882/2017, ECLI:ES:TS:2020:952; STS de 19 de mayo de 2020, rec. 3886/2017, ECLI:ES:TS:2020:957. En términos similares se había pronunciado la STS de 13 de abril de 2016, rec. 2556/2014, ECLI:ES:TS:2016:1692 al

nación y el acto o reglamento recurrido que vaya más allá de la dependencia formal entre la actuación recurrida y la norma legal habilitadora.

En esa misma línea restrictiva, el Tribunal Supremo parece exigir que los motivos de impugnación sean lo que denomina «genuinamente administrativos» y solo se cuestione la norma legal con carácter instrumental. Así, el Tribunal comprueba que se formula una «pretensión concreta, sometida al Derecho administrativo, y que la misma no es ficticia (“fictio litis”) o, dicho de otra forma, no se plantea en forma artificiosa para lograr el acceso indirecto a un proceso constitucional eludiendo las normas de legitimación para el acceso a recursos constitucionales abstractos para los que no se está constitucionalmente legitimado»⁶⁷.

En fin, aunque el Tribunal Supremo no aplique esta doctrina de manera uniforme, lo cierto es que siempre existe el riesgo de ser alegada como excepción de inadmisibilidad por la Abogacía del Estado⁶⁸. Esta inseguridad jurídica impide afirmar categóricamente que los recursos directos frente a actuaciones administrativas sirven para satisfacer el segundo pilar de la doctrina *Unibet*.

La solución a esta situación pasa porque el Tribunal Supremo (también claro, del Tribunal Constitucional en interpretación del art. 24 CE) se decante por la doctrina justo contraria, esto es, admitir con naturalidad que se puedan plantear motivos de inconstitucionalidad o de vulneración del derecho de la Unión, achacables a la norma legal, en los recursos contencioso-administrativos frente a actos y reglamentos.

En ese sentido, el Tribunal Supremo ya ha sostenido en repetidas ocasiones que no existe un exceso de jurisdicción al examinar un recurso frente a un reglamento o un acto, que cuestione la conformidad con la Constitución o el derecho de la Unión de una norma de rango legal. Primero, no existe en el ordenamiento «ninguna norma que impida utilizar únicamente, como motivo de impugnación, la invalidez de la ley que sirva de cobertura»⁶⁹. Como observa el Tribunal Supremo,

confirmar la sentencia de instancia. Argumento reiterado por la STS de 25 de abril de 2016, rec. 2383/2014, ECLI:ES:TS:2016:1742.

⁶⁷ STS de 19 abril 2016, rec. 63/2013, ECLI:ECLI:ES:TS:2016:1707.

⁶⁸ Así ocurrió, aunque sin éxito, en el recurso frente a la disposición relativa a la financiación del bono social, STS de 7 de febrero de 2012, rec. 419/2010, ECLI:ES:TS:2012:1425. Resulta paradójico que la Abogacía del Estado, que en ese pleito trató de lograr la inadmisibilidad del recurso, invocase esta misma sentencia ante el TJUE para tratar de acreditar que las vías de recurso en España son efectivas (STJUE de 28 de junio de 2022, Comisión c. Reino de España, C-278/20, ECLI:EU:C:2022:503, apdo. 40).

⁶⁹ STS 6 de febrero de 2017, rec. 1617/2016, ECLI:ES:TS:2017:293. En el mismo sentido, STS de 31 de enero de 2017, rec. 1616/2016, ECLI:ES:TS:2017:221.

el «artículo 26.1 de la Ley Jurisdiccional 29/98 admite con toda normalidad la impugnación de actos (o disposiciones) con base en la disconformidad a Derecho de las disposiciones de que aquéllos son aplicación»⁷⁰. Y segundo, el Tribunal Supremo es perfectamente competente para elevar las correspondientes cuestiones (prejudicial o de inconstitucionalidad, según el caso)⁷¹. De hecho, que el interesado cuestione la norma legal «pone al órgano judicial en disposición de ejercer su facultad de plantear una cuestión (que es previa a la decisión del fondo del pleito) ante el Tribunal Constitucional»⁷². En esa línea, el Tribunal Supremo deja ver que «a efectos de la necesaria depuración del ordenamiento jurídico y de la propia supremacía de la Constitución sobre toda clase de normas (artículo 9.1 de la CE), el intérprete de las disposiciones procesales debe manejarlas de forma que se favorezca, también por esta vía, el acceso al Tribunal Constitucional del control de la constitucionalidad de las leyes»⁷³.

Esta línea jurisprudencial, además de garantizar la tutela y contribuir a la depuración del ordenamiento, es plenamente respetuosa con la concepción de las libertades como derechos subjetivos *creados* por la Constitución, carácter que debe permitir su invocación ante los tribunales incluso *contra legem* (Cidoncha, 2006: 196).

En definitiva, respecto al segundo pilar de la doctrina *Unibet*, esto es, que se pueda cuestionar la disposición legislativa a través de la jurisdicción contencioso-administrativa, se observa que el ordenamiento español no proporciona suficiente seguridad jurídica. Primero, no permite a la Administración admitir una solicitud de suspensión de la ley en consonancia con la doctrina *Costanzo* (lo cual agudiza los problemas de las leyes autoaplicativas); segundo, el Tribunal Supremo ha manifestado en no pocas ocasiones la imposibilidad de impugnar actos y disposiciones con base únicamente en la invalidez de la ley de cobertura.

3. EL TERCER PILAR: UN JUEZ CON CAPACIDAD PARA DEJAR INAPLICADA LA NORMA NACIONAL

En tercer y último lugar, la doctrina *Unibet* exigía que, para ser efectiva, la vía de recurso debía desarrollarse ante un juez con capacidad de dejar

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ STS de 7 de febrero de 2012, rec. 419/2010, ECLI:ES:TS:2012:1425.

⁷² SSTS 6 de febrero de 2017, rec. 1617/2016, ECLI:ES:TS:2017:293 y 31 de enero de 2017, rec. 1616/2016, ECLI:ES:TS:2017:221.

⁷³ *Ibid.*

inaplicada la norma nacional contraria al derecho de la Unión⁷⁴. Pues bien, en España, tal posibilidad queda constreñida por dos frentes.

En primer lugar, la posibilidad de inaplicación de una ley nacional está limitada por las condiciones impuestas por el Tribunal Constitucional al órgano jurisdiccional que conoce del asunto⁷⁵. Este solo podrá dejar inaplicada la ley nacional sin elevar cuestión prejudicial previa en dos situaciones. Por un lado, que se trate de una cuestión que no presente dudas y la necesidad de inaplicar sea evidente. Ese no será el caso si: (i) los tribunales españoles de manera generalizada consideran que hay compatibilidad entre la norma nacional y la europea, sin que se motive por qué esa consideración es incorrecta; y (ii) que ninguna de las sentencias del TJUE relativas a la norma nacional se refiera «*directamente sobre las cuestiones que ahora se suscitan*»⁷⁶. Por otro lado, que se trate de una cuestión aclarada por el TJUE. Según el Tribunal Constitucional solo existirá acto aclarado si la cuestión a plantear es «materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo»⁷⁷.

En segundo lugar, la posibilidad de inaplicación de una ley nacional está condicionada por la intervención del Tribunal Supremo en última instancia. Así, la inaplicación de la norma nacional por parte de un órgano jurisdiccional debe partir necesariamente de la declaración de contradicción entre la norma nacional y el derecho de la Unión. Esa declaración es susceptible de intervención del Tribunal Supremo en el marco de la lógica casacional, por lo que la última decisión sobre la inaplicación la tendrá el Alto Tribunal. Esta intervención del Tribunal Supremo se reforzará de aprobarse el anteproyecto de reforma de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del derecho de la Unión, antes mencionado. Ese texto prevé un nuevo supuesto de presunción de interés casacional contra sentencias de

⁷⁴ Esa posibilidad es manifestación del principio de primacía, tal y como se ha venido reiterando desde la STJUE de 5 de marzo de 1980, *Simmenthal c. Comisión*, C-243/78, ECLI:EU:C:1980:65, apdo. 21.

⁷⁵ STC 37/2019, de 26 de marzo.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.* El Tribunal Constitucional interpreta aquí un concepto propio de derecho de la Unión como es la consideración de la existencia de acto aclarado. Sobre la obligación de plantear la cuestión prejudicial y sus excepciones (entre ellas la del acto aclarado) debe estarse a la doctrina CILFIT establecida en la STJUE de 6 de octubre de 1982, *Cilfit y otros*, 283/81, EU:C:1982:335 y a la ya denominada CILFIT II, sentada en la STJUE de 6 de octubre de 2021, *Consorzio Italian Management*, C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799.

juzgados o tribunales contencioso-administrativos que declaren tal contradicción sin haber planteado una cuestión prejudicial⁷⁸. En cambio, no se prevé tal presunción cuando ese órgano decide aplicar la ley nacional y descarta aplicar la norma de la Unión⁷⁹.

En esta línea de concentrar las decisiones sobre contradicción entre norma nacional y de derecho de la Unión, el propio Tribunal Supremo afirma (en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de Estado legislador por incumplimiento del derecho Unión) que la declaración de contradicción entre los ordenamientos «está reservada al Tribunal Supremo, monopolio que se justifica en elementales razones de seguridad jurídica»⁸⁰. Este pronunciamiento no impide a los órganos jurisdiccionales inferiores declarar la contradicción e inaplicar la norma nacional, pero su descontextualización puede provocar que esos órganos decidan limitarse a aplicar la ley nacional afirmando que su facultad de declarar la no conformidad de la norma nacional al derecho de la Unión es una facultad meramente condicionada y supeditada a revisión de órgano superior.

Estos requisitos impuestos a los órganos jurisdiccionales, que encorsetan su facultad de inaplicar la ley nacional, podrían ser contrarios a ciertos pronunciamientos del TJUE que persiguen justo lo contrario⁸¹, cuestión que desbordaría el objeto de este trabajo y que se deja aquí apuntada solo como aspecto que afectaría al requisito de inaplicación exigido por *Unibet*.

V. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

El derecho de la Unión ha contribuido a aumentar el radio de acción de la libertad de empresa a través de distintas vías. En este trabajo se descubre una

⁷⁸ Reformas de los arts. 86.1 y 88.3.f) LJCA. Esta reforma iría mucho más allá de los supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del derecho Unión.

⁷⁹ En esos casos el acceso al Tribunal Supremo se canaliza a través del supuesto del art. 88.2.f) LJCA, que no se configura como presunción de interés casacional. Esta situación bien pudiera ser considerada contraria al principio de equivalencia.

⁸⁰ STS de 8 de marzo de 2023, rec. 258/2020, ECLI:ES:TS:2023:769, FJ 9. La Sala encuentra un fundamento legal para tal «monopolio» en la configuración del recurso de casación y la existencia de un motivo de interés casacional objetivo expresamente dirigido a la aplicación del derecho de la Unión.

⁸¹ STJUE de 19 de enero de 2010, Seda Küçükdeveci, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, apdo. 54; y STJUE de 4 de diciembre de 2018, Minister for Justice and Equality, C-378/17, ECLI:EU:C:2018:979, apdo. 36.

nueva contribución del derecho de la Unión a la protección de esa libertad, en esta ocasión a través del necesario refuerzo de sus vías de acceso a la tutela.

A la luz del análisis realizado, resulta razonable sostener que el ordenamiento español no cumple con las exigencias previstas por el TJUE en el asunto *Unibet* para aquellos ordenamientos que no contemplen la posibilidad de un acción directa frente a una norma con rango de ley. Como ha quedado acreditado, un particular afectado por medidas legislativas nacionales que restringen la libertad de empresa tendrá dificultades en articular una acción de responsabilidad patrimonial efectiva y no siempre dispondrá de una vía contencioso-administrativa que proporcione suficiente seguridad jurídica. Así pues, en muchas ocasiones ese particular tendrá su primera opción de cuestionar la medida legislativa cuando formule recurso frente a la sanción impuesta por incumplir la obligación, algo que no garantiza la tutela judicial como se sigue de la doctrina *Unibet*.

Frente a esta situación, se proponen posibles soluciones que, según el caso, pueden requerir bien un pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales, bien una modificación legislativa.

En primer lugar, resulta necesario modificar el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado legislador relativo a leyes contrarias al derecho de la Unión para adaptarlo a la decisión del TJUE, que acusa al sistema español de falta de efectividad. La argumentación del TJUE (que, como hemos señalado, no puede ser utilizada como canon constitucional) es buen termómetro de la efectividad de un sistema de responsabilidad como medio de tutela del ciudadano y puede también llevar a reflexionar sobre la conveniencia de modificar la responsabilidad patrimonial frente a leyes inconstitucionales. Ello contribuiría a evitar una tutela fragmentada de los interesados.

En segundo lugar, deben abordarse los problemas derivados de las leyes autoaplicativas. De cara a futuras investigaciones se proponen tres vías de análisis.

Por un lado, puede analizarse la viabilidad de que se exigiera a toda ley autoaplicativa un desarrollo normativo infralegal o un acto administrativo de advertencia previo a la sanción. Ello no encontraría obstáculo en la reserva de ley que, como se ha acreditado en este trabajo, aparece modulada en el ámbito de la libertad de empresa. Sí lo haría, en cambio, el hecho de que la Constitución no limita las cuestiones que puede tratar la ley por lo que nada impide al legislador agotar la regulación de una materia⁸². Cabe analizar, pues,

⁸² Sobre la reserva de reglamento que se abre camino en algunos ámbitos técnicos del derecho de la Unión, Baño (2011: 12) concluye que el derecho de la Unión «impone a los Estados miembros reservas de administración, de manera que sean

si resulta jurídicamente viable contraponer esa capacidad del legislador a su deber de proteger la tutela judicial efectiva, en su faceta de derecho de acceso a la jurisdicción, recogida en la Constitución (art. 24) y en la Carta (art. 47).

Por otro lado, siguiendo en el ámbito de las leyes autoaplicativas, resulta necesario reforzar el acceso del justiciable a los órganos con capacidad de decisión sobre el fondo, ya sea adoptando un enfoque más generoso con el planteamiento de cuestiones ante el Tribunal Constitucional y el TJUE (por ejemplo, consolidando la doctrina sentada en la STC 129/2013, de 4 de junio, y extendiéndola a leyes autoaplicativas generales) o, *lege ferenda* mediante un recurso de amparo frente a estas leyes autoaplicativas como el que ya establecía el proyecto de LOTC. Esta última solución, en principio, no abarcaría a aquellos derechos no susceptibles de amparo constitucional, como es el aquí tratado.

Por último, podría aceptarse que el interesado formule una solicitud de suspensión ante la Administración y que esta resolviese en un plazo sumario al respecto, siendo dicha resolución recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Ese procedimiento contencioso debería desbordar el carácter revisor de la jurisdicción y garantizar la tutela judicial completa, tanto en el examen del fondo como en el examen cautelar. En el caso de leyes adoptadas en un ámbito cubierto por el derecho de la Unión esta solución ya estaría disponible, al menos teóricamente, si atendemos a la doctrina *Costanzo* antes citada (que, recordemos, permite la inaplicación de la norma nacional por la Administración). Sin embargo, se trata de una solución no extendida en la práctica administrativa española. Por ello, razones de la seguridad jurídica, y efectividad del derecho de la Unión, obligarían a una reforma de la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

En tercer lugar, se hace necesario que el Tribunal Supremo abandone de manera definitiva su línea jurisprudencial que defiende que no es posible cuestionar determinados aspectos de la ley como argumento en un recurso frente a actuaciones administrativas de desarrollo o aplicación de ésta. A nuestro juicio, es necesario seguir con decisión y sin titubeo la línea jurisprudencial representada por la STS de 6 de febrero de 2017 (rec. 1617/2016). Lo contrario supone levantar un muro entre el particular y su tutela efectiva frente a leyes inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión.

En cuarto lugar, cuando se trate de recursos contencioso-administrativos frente a actos sancionadores por incumplimiento de obligaciones que el particular no ha podido recurrir con carácter previo, y con el fin de evitar que el interesado «tuviera que exponerse a ser objeto» de estos procedimientos (en

determinadas autoridades administrativas, y no el legislador, quien decida sobre la conformación regulatoria de algunos mercados».

términos de la doctrina *Unibet*), puede adoptarse una tutela cautelar reforzada que o bien supusiera el otorgamiento de la medida cautelar de manera generalizada o bien permitiese un examen algo más sosegado de la cuestión en esa sede. Quizá no resulte necesaria una modificación legislativa para ello, bastando con una interpretación menos restrictiva del requisito de la pérdida de finalidad legítima del recurso⁸³, así como de la aplicación de la doctrina del *fumus boni iuris* como criterio autónomo a la hora de adoptar la cautelar⁸⁴.

Cualquiera que sea la solución adoptada, debe aplicarse a todos los interesados por igual, sin crear una fragmentación de la tutela en función de si la situación está cubierta por el derecho de la Unión o no. La libertad de empresa es un derecho de todos los particulares, que merecen mecanismos de tutela y control en las mismas condiciones.

Por último, debe advertirse que de no subsanarse la patología identificada, España se expone no solo a una acción por incumplimiento de la Comisión Europea, sino también a que los particulares consideren, a la luz de su caso concreto, que la inexistencia de vía de tutela les ha generado un daño patrimonial que debiera ser resarcido.

Bibliografía

- Aragón Reyes, M. (2016). *Uso y abuso del decreto-ley; una propuesta de reinterpretación constitucional*. Madrid: Iustel.
- Aragón Reyes, M. y Losada González, H. (2014). La libertad de empresa. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 108, 17-40.
- Azpitarre Sánchez, M. (2019). Artículo 52: alcance e interpretación de los derechos y principios. En A. López Castillo (dir.). *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: diez años de jurisprudencia* (pp.1261-1682). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Baño León, J.M. (2011). Reserva de Administración y Derecho comunitario. *Working Papers IDEIR*, 7.
- Barnard, C. (2019). *The substantive Law of the EU. The Four Freedoms* (6ª ed). Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/he/9780198830894.001.0001>.
- Cidoncha Martín, A. (2009). Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial. *Teoría y Realidad Constitucional*, 23, 149-188. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.23.2009.6843>.

⁸³ El Tribunal Supremo ya ha analizado en anteriores ocasiones la restricción a un derecho fundamental como elemento de pérdida de la finalidad legítima del recurso (véase ATS de 16 de febrero de 2021, rec. 12/2021, ECLI:ES:TS:2021:1156A; y ATS de 18 de febrero de 2021, rec. 19/2021, ECLI:ES:TS:2021:1822A).

⁸⁴ ATS de 21 de marzo de 2022, rec. 272/2022, ECLI:ES:TS:2022:3787A.

- Cidoncha Martín, A. (2006). *La libertad de empresa*. Cizur Menor: Thomson-Civitas.
- Cobrerros Mendazona, E. (2022). La responsabilidad patrimonial del estado legislador por su incumplimiento del derecho de la Unión Europea tras la intervención del Tribunal de Justicia. *Revista de administración pública*, 219, 21-58. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.219.02>.
- Cobrerros Mendazona, E. (2015a). La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración. *Revista Vasca de Administración Pública*, 103, 171-207. Disponible en: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.103.2015.05>.
- Cobrerros Mendazona, E. (2015b). *Responsabilidad patrimonial del estado por incumplimiento del derecho de la Unión Europea*. Madrid: Iustel.
- De la Quadra-Salcedo Janini, T. (2022). *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*. Madrid: Marcial Pons. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctv2zp4wcv>.
- Díez-Picazo, L. M. (2008). La sentencia Unibet y el principio de autonomía procesal. *Noticias de la Unión Europea*, 287, 91-93.
- Eliantonio, M. y Muir, E. (2019). The Principle of Effectiveness: under Strain? *Review of European Administrative Law*, 12 (2), 255-265. Disponible en: <https://doi.org/10.7590/187479819X15840066091268>.
- García Pechuán, M. (2019). Artículo 16: la libertad de empresa. En A. López Castillo (dir.). *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: diez años de jurisprudencia* (pp. 411-458). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gascón Inchausti, F. (2018). *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*. Madrid: Marcial Pons. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctv10rrcnp>.
- Gutman, K. (2019). The Essence of the Fundamental Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union: The Best Is Yet to Come? *German Law Journal*, 20(6), 884-903. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.67>.
- Iglesias Sánchez, S. (2023). La construcción jurisprudencial del principio de responsabilidad del Estado desde la autonomía procesal y sus límites (equivalencia y efectividad): un modelo agotado tras la sentencia Comisión/España (C-278/20). *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 74, 111-146. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.74.04>.
- Laguna De Paz, J.C. (2022). *Tratado de Derecho Administrativo. General y Económico* (4ª ed.). Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.
- Lence Reija, C. (2017). La tutela de la libertad de empresa frente a intervenciones administrativas desproporcionadas. *Revista General de Derecho Administrativo*, 46. Disponible en: <https://is.gd/rAVdxx>.
- Lligadas González, G. (2023). Laxitud interpretativa y abuso de las situaciones económicas complejas y de la heterogeneidad en los decretos leyes: novedades en la práctica gubernamental y en la jurisprudencia constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 128, 129-159. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.128.05>.
- Medina Guerrero, M. (2018). Artículo 53.1. La eficacia vinculante de los derechos frente a los poderes públicos; en especial, frente al legislador. En M^a. E. Casas Baamonde y M.

- Rodríguez-Piñeiro (dirs.). *Comentarios a la Constitución española Conmemoración del XL Aniversario* (pp. 1456-1472). Madrid: Wolters Kluwer.
- Millet, F. X. (2023). From the duty to refer to the duty to state reasons: The past, present and future of the preliminary reference procedure. *European Journal of Legal Studies*, 15, 7-32. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.4679811>.
- Montilla Martos, J. A. (2015). Las leyes singulares en la doctrina del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 104, 269-295. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.104.09>.
- Muñoz Machado, S. (2003). Los límites constitucionales de la libertad de empresa. En L. Cosculluela (coord.). *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo* (pp. 139-164). Madrid: Civitas.
- Ortega Bernardo, J. (2014). *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*. Madrid: Marcial Pons.
- Paz-Ares Rodríguez, C., y Alfaro Águila, J. (2018). Artículo 38. En M^a. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñeiro (dirs.). *Comentarios a la Constitución española Conmemoración del XL Aniversario* (pp. 1247 a 1274). Madrid: Wolters Kluwer.
- Quesada López, P.M. (2019). *El principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea y su impacto en el Derecho procesal nacional*. Madrid: Iustel.
- Requejo Rodríguez, P. (2016). Cuestión de inconstitucionalidad y tutela judicial efectiva. *Revista de Estudios Jurídicos (Segunda época)*, 15, 1-16. Disponible en: <https://doi.org/10.17561/rej.v0i15.3156>.
- Santamaría Arinas, R.J. (2014). Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina Boxus por el Tribunal Constitucional español. *Revista de Administración Pública*, 193, 165-195.
- Santolaya Machetti, P. (1988). Algunos problemas interpretativos del artículo 86 de la Constitución Española. *Revista de Derecho Político*, 26, 27-48. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.26.1988.8374>.
- Sarmiento D. y Arnaldos, E. (2023). La cuestión prejudicial europea en la jurisdicción española, ¿un mito desmentido por las cifras? *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 76, 75-111.
- Sarmiento, D. (2022). *El Derecho de la Unión Europea* (4^a ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Van Waeyenberge, A. y Pecho, P. (2008). L'arrêt Unibet et le traité de Lisbonne - un pari sur l'avenir de la protection juridictionnelle effective. *Cahiers de droit européen*, 44, 123-156.
- Viera Álvarez, C. (2010). La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado Social. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 21, 197-224.