



VNiVERSiDAD D SALAMANCA

CAMPUS OF INTERNATIONAL EXCELLENCE

DOCUMENTOS DE TRABAJO

Área Derecho Administrativo

Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y procesal

Universidad de Salamanca

2016/1

***El contencioso administrativo de la unidad de mercado tras la intervención del Tribunal
Constitucional***

Marcos M. Fernando Pablo

(2016)

SUMARIO

I. INTRODUCCION: EL PROBLEMA DE LA FRAGMENTACION DE LOS MERCADOS RESULTADO DE LA ACCION DE DIVERSOS PODERES TERRITORIALES.EL CASO ESPAÑOL Y LA CUESTION DE LA *COMUNITARIZACION*. **II. EL DERECHO MATERIAL DE LA LEY DE GARANTIA DE LA UNIDAD DE MERCADO. EL INEVITABLE CONFLICTO COMPETENCIAL QUE PLANTEA.** **III. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA GARANTIA DE LA UNIDAD DE MERCADO.** 1. Antecedentes 2. La actividad impugnada. La cuestión de los Decretos Legislativos, el recurso indirecto contra normas, la inactividad administrativa y la vía de hecho. 3. Legitimación. La figura del “interviniente-recurrente” 4.La limitación objetiva del ámbito de conocimiento. Descripción general de lo que se entiende por unidad de mercado y carácter objetivo de este recurso contencioso-administrativo. 5. El procedimiento. 6. La sentencia. La compleja relación procedimiento especial/procedimiento general. **IV. CONCLUSIONES: ¿ERA NECESARIO UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL?**

I. INTRODUCCION: EL PROBLEMA DE LA FRAGMENTACION DE LOS MERCADOS RESULTADO DE LA ACCION DE DIVERSOS PODERES TERRITORIALES.EL CASO ESPAÑOL Y LA CUESTION DE LA *COMUNITARIZACION*.

La presencia de diferentes poderes públicos normativos actuando sobre la determinación del régimen jurídico de los intercambio de bienes y servicios no es en absoluto un problema nuevo. En el ámbito del comercio internacional las dificultades se solventaron, históricamente, acudiendo a las normas oportunas de derecho privado (la *lex mercatoria*) y a su codificación internacional unitaria más tarde¹, mientras en el ámbito

¹ No me ocuparé aquí, salvo alguna referencia, al tema del **comercio mundial** que se remite en su totalidad a los tratados de la OMC (GATT) y me parece más importante destacar como **desde el punto de vista jurídico, tal mercado mundial se está construyendo sobre la base de unificación internacional de las**

de las normas jurídico-públicas los acuerdos internacionales (singularmente, en el ámbito de la OMC) actuaron como marco ordenador.

Sin embargo, tratándose de entidades estatales compuestas, en las que internamente se reproduce la pluralidad de centros de ordenación del intercambio de bienes o servicios, (aun contando con cierto nivel de homogeneización de las normas de derecho privado, gracias a la obra de la Codificación) pueden reproducirse obstáculos, en el campo del derecho público, a la construcción de mercados a escala estatal, como resultado de las diferencias normativas válidamente establecidas por las entidades territoriales intra-estales. El hecho de que en una parte del territorio se exija un etiquetado y en otra parte otros requisitos, o el hecho de que las especificaciones, con relación a la protección de los consumidores, sean diferentes en una u otra entidad sub-estatal, son los ejemplos típicos de esta clase de “obstáculos” que se traducen en una pérdida de eficiencia de las economías de escala, utilizadas por los operadores implantados en el interior de un mismo estado.

Tampoco este es un problema nuevo y ha recibido dos grandes líneas de respuesta jurídico-constitucional. Por una parte, las consecuencias más dañinas de aquellos obstáculos han sido reducidas apelando a la **interpretación jurisprudencial** de cláusulas constitucionales dirigidas a facilitar los intercambios, que en su nivel más amplio incluyen la prohibición de fronteras o aduanas interiores y la libre circulación de bienes

reglas formales con la base en la estandarización de las reglas de derecho privado. La **Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional**, CNUDMI (o UNCITRAL, por su siglas en inglés *United Nations Commission for the Unification of International Trade Law*) fue creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2205 (XXI) del **17 de diciembre de 1966** “para promover la progresiva armonización y unificación del derecho mercantil internacional y la implantación de convenios, leyes modelo y normas aceptables a escala mundial”.

En el ámbito del comercio interior en el seno de los Estados compuestos, la unificación del derecho privado llevada a cabo a lo largo del siglo XIX sigue produciendo evidentes frutos en pleno siglo XXI. Los obstáculos al libre intercambio entre los diferentes territorios de tales estados *no proceden, en general del diferente régimen jurídico privado patrimonial*.

y mercancías en el interior del Estado o la atribución al legislativo *federal* de la regulación de los intercambios comerciales entre Estados². La evolución de la “cláusula de comercio” en la interpretación del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América muestran en efecto, un ejemplo acabado de esta manera de afrontar el problema.

La segunda estrategia, levemente diferente, radica en otorgar al Poder Legislativo central, (pese a que ordinariamente no resulta competente respecto de la materia en la que la normas públicas territoriales levantan un obstáculo al mercado) una habilitación para reducir o excluir la ordenación que por su multiplicidad y contraste ocasiona un “obstáculo” a la libertad de intercambios, mediante un tipo específico de legislación. Ahora los conflictos general y primariamente se solventarán por vía normativa, a través de una especial normativa constitucionalmente diseñada *ad hoc*, y no mediante la intervención de la Corte Constitucional.³

² Constitución de los EEUU, art. 1, secc. 8, apart. 3 “El congreso tendrá potestad [...] para **regular el comercio con las naciones extranjeras, entre los diversos estados, y con las tribus de indias**”. La importancia lógica fue destacada muy tempranamente por HAMILTON (*el Federalista n° VIII*) si cada Estado o cada una de las confederaciones pueden poner en vigor su propia política comercial, esto ocasionaría distinciones, preferencias y exclusiones que producirían descontento; las infracciones a las reglas comerciales impuestas por ciertos Estados, por una parte, los esfuerzos para evitarlas y combatirlas, por la otra, provocarían naturalmente atropellos, y estos conducirían a represalias y guerras.

³ Ejemplo arquetípico de esta segunda perspectiva, la RFA Alemania: El art. 72 (2) de la Ley Fundamental señala “en las materias del artículo 74, apartados 1 números 4, 7, 11, 13, 15, 19 a, 20, 22, 25 y 26, la Federación tiene la competencia legislativa, si y en la medida que sea necesaria una regulación legislativa federal en interés de la totalidad del Estado para la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica”.

Por su parte el art. 74, al que se remite, contiene en los números citados, la mayor parte de la ordenación económica: num. 11, el Derecho de la economía (minería, industria, energía, artesanía, pequeña industria, comercio, régimen bancario y bursátil, seguros de derecho privado) con exclusión del Derecho del cierre del comercio, de los restaurantes y bares, de salas de juego, de la exhibición de personas, de las ferias, de las exposiciones y de los mercados; numero 15, la transferencia de la tierra, de los recursos naturales y medios de producción a un régimen de propiedad colectiva u otras formas de economía colectiva; numero, 20 las medidas de protección en el comercio de productos alimenticios y estimulantes, artículos de consumo, piensos, semillas y plantas agrícolas y forestales, protección de las plantas contra enfermedades y parásitos, así como la protección de animales; número 26 la inseminación artificial humana, la investigación sobre manipulaciones genéticas.

El numero 4 de igual precepto añade: *Por ley federal puede determinarse que una regulación legislativa federal que ya no sea necesaria en el sentido del apartado 2, pueda ser reemplazada por la legislación de los Länder*

En el caso español, pese a tener el constituyente, de manera patente, a la vista el texto constitucional alemán, no acertó a plasmar con claridad este tipo de legislación concurrente condicionada. La influencia, casi literal, de la Ley Fundamental, se aprecia en los artículos 149-1-1º CE, (regulación de las *condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles*, que parece una traslación de la “condiciones de vidas equivalentes” de la Ley Fundamental), a lo que hay que sumar el art. 139-1 CE (“todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones *en cualquier parte del territorio del Estado*”, que parece, a su vez una traducción lejana de “condiciones de vida equivalentes en el territorio federal”).

Pero parece obvio que mientras la Ley Fundamental incorpora, para habilitar la legislación (federal) concurrente condicionada, ***el mantenimiento de la unidad jurídica o económica***, tal aserto no aparece expresamente recogido por la CE, aunque quizá deba intuirse implícito en los artículos 139 y 157-2 CE. De las dos finalidades constitucionales de la Ley Fundamental, (*creación de condiciones de vida equivalentes y la unidad jurídica y económica*) sólo la primera ha sido trasladada a la Constitución Española de manera expresa⁴. La segunda, ha sido construida por el TC desde la conocida STC 1/1982, que menciona “la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución” con cita del Preámbulo de la Constitución, el principio de unidad (art. 2 CE) y los arts. 131.1, el 139.2 y el 138.2, entre otros, así como *una política económica*

⁴ Este “olvido” de la “unidad económica” se remonta, por lo menos, al Texto del Anteproyecto de Constitución, cuyo art. 138-1 se refería a la *igualdad de las condiciones básicas*, pero no al segundo aspecto. Vid. BOCG, Congreso, num 44 , 5 de enero 1978.

aplicable con carácter general a todo el territorio nacional (arts. 40.1, 130.1, 131.1, 138.1 C. E.)⁵.

De esta forma, (también desde al iniciática STC citada) la *unidad del orden económico* quedó entre nosotros, encomendada, no a una normativa *ad hoc* prevista en la Constitución, sino al juego ordinario del esquema bases estatales/desarrollo autonómico, por una parte, y a la no muy clara referencia a la competencia estatal para establecer la regulación de las “condiciones básicas”, sobre la cual el TC fue llamado a pronunciarse posteriormente.

El que parecía, instrumento constitucional alternativo para impedir la ruptura de la unidad económica (ante la insuficiencia del esquema bases estatales/normas autonómicas de desarrollo), y salvaguardar el superior interés general (también aludido en el precepto constitucional, art. 150-3 CE), las Leyes de Armonización, fue preterido, una vez que la única experiencia legislativa (la Ley Orgánica 12/83, de Armonización del Proceso Autonómico) se declaró inconstitucional, en su mayor parte, por la STC 76/83, estableciendo una doctrina de la que se ha destacado, sobre todo, el párrafo que afirma que solo resultan aplicables tales leyes a “*aquellos supuestos en que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o estos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general*”. Si éste fue el entendimiento inicial, antes del despliegue completo del llamado Estado de las Autonomías, parece que hoy tal instrumento normativo no puede tener igual tratamiento,

⁵ Lo trascendente de esta sentencia, al introducir “la unicidad del orden económico nacional” como “presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores” ha sido reseñado por FERNANDEZ DE GATTA, D.: “Las competencias del Estado como garantía de la unidad de mercado en la jurisprudencia constitucional” *Ars Iuris Salmanticensis*, Estudios, Vol. 3 junio 2015., pag. 43-76.

por que aquel proceso está, ahora sí, tan avanzado que reclama su puesta en acción *armónica*.

A falta de esta vía, la solución por la que ha optado el derecho español para recomponer la unidad de mercado en el nivel interno, es la enunciada en las STC 96/2013 y STC 20/2016, sistematizando jurisprudencia anterior:

“la Constitución prevé una serie de técnicas orientadas a asegurar la unidad de mercado entre las que cita, las competencias exclusivas del Estado ‘que atañen a determinados aspectos del orden económico y de su unidad’, el respeto a los derechos fundamentales, los límites que resultan de distintos preceptos del Título VIII de la Constitución como la libertad de circulación de bienes, capitales y servicios y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica sin que tal unidad signifique uniformidad, declarando que ‘junto a aquellos preceptos del título VIII de la Constitución que suponen un límite en sí a la diversidad regulatoria que puedan introducir los legisladores autonómicos en el ejercicio de sus competencias, este Tribunal ha reconocido que, cuando dichos medios se demuestran insuficientes para imponer la igualdad básica de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, el Estado puede intervenir normativamente a fin de garantizar esa igualdad en virtud de los arts. 149.1.1 CE (STC 61/1997, de 20 de marzo) y 149.1.13 CE (STC 225/1993, de 8 de julio)”

Diríase, por tanto que las condiciones básicas y las bases y coordinación de la planificación económica, son llamadas a desempeñar el inexistente papel de las Leyes de Armonización y el papel de la Legislación concurrente condicionada de la Ley

Fundamental de Bond. Pero debe retenerse que las condiciones básicas son, sólo, en los términos algo más elaborados de las STC 187/2006 y 20/20216, *las normas estatales dirigidas a garantizar el contenido mínimo de los derechos fundamentales, establecer las posiciones fundamentales de los mismos para garantizar la igualdad en su ejercicio, las que determinan el ámbito material sobre el que recaen tales facultades, el marco organizativo que lo hace posible o las condiciones mínimas de ejercicio que han de ser objeto de regulación unitaria y homogénea.*

El problema ocasionado por el alcance territorial limitado de los poderes legislativos no centrales y la consiguiente presencia, en el territorio del mercado nacional, de diversas administraciones, (cuyos actos, en principio, sólo alcanzarían al ámbito territorial propio de la legislación ejecutada) si bien puede discutirse si afecta o no a la “unidad de mercado”, puesto que este no es un concepto constitucional⁶ no deja de entrañar consecuencias que pueden afectar, al menos, a la eficiencia económica⁷ pero también a

⁶ Desde el conocido Prologo de MUÑOZ MACHADO S. a la obra dirigida por ALONSO M.J *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*. La Ley, Madrid 2014 vid. también MUÑOZ MACHADO,S.: “Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado”, *REDA*, nº 163 (2014), se ponen seriamente en duda que la disparidad normativa contravenga exigencias de “unidad de mercado” que no cuentan con reconocimiento constitucional expreso., y , al tiempo, se argumenta con muy buenos ejemplos de derecho comparado

⁷ La CEOE ha publicado dos importantes Informes, ahora recogidos en *Informe: Inventario de las distorsiones de la unidad de mercado existentes en España. Actualización 2012*, donde, sector por sector, se detectan las barreras a la libre circulación de mercancías a la libertad de establecimiento y a los intercambios en el mercado español. A título de ejemplo: Problemas para obtener el registro sanitario para la exportación cuando el producto ha sido fabricado en otra Comunidad Autónoma, una “crema de orujo” en unas Comunidades Autónomas debe superar los 32 grados alcohólicos, mientras en otras sólo debe alcanzar los 16.

El resultado de nuestro modelo puede describirse así de conformidad con el *Informe FAES, La unidad de mercado: un imperativo para recuperar competitividad* (2012): Dependiendo de la Comunidad Autónoma *el mismo etiquetado de un producto alimenticio dé o no lugar a sanción*; los controles a las emisiones a la atmósfera que genera una fábrica de cemento sean dispares en cada territorio; se apliquen cuatro normativas autonómicas distintas a un mismo sistema de prescripción y dispensación de un medicamento y producto sanitario; cada Comunidad Autónoma imponga obligaciones diferentes a un Sistema Integrado de Gestión de Residuos que opera en todo el ámbito nacional; las normativas autonómicas exijan niveles distintos –y más rigurosos que la legislación estatal– sobre la calidad del suministro eléctrico....

El mismo informe concluía afirmado que las distorsiones identificadas tiene una proyección general, tanto vertical (afectan a la gran mayoría de los sectores de la economía española: alimentación y bebidas, automóvil, cemento, construcción, industria farmacéutica, energía, tecnología sanitaria, arquitectura,

otro aspecto generalmente olvidado: La posible afectación de las disparidades territoriales a las reglas del mercado interior comunitario. En efecto, la cuestión presenta otro aspecto que tiene que ver con la aplicación en las relaciones económicas en el *interior del Estado* de las reglas del derecho comunitario previstas para las relaciones interestatales.

Desde el derecho comunitario, la fragmentación en el interior de los Estados⁸ (dejando de lado aquellos supuestos en los que se ha producido una armonización legislativa) no suele presentar otra solución más que la aplicación de la doctrina de las “*situaciones puramente internas*”⁹ (por tanto, ajenas a la aplicación del derecho comunitario) tal como se formuló por el TJUE en la jurisprudencia *Oosthoek* (C-286/81), doctrina que implica que la simple circulación regional, y por tanto intra-estatal, de una mercancía, no constituye vínculo suficiente para traer consigo la aplicación de las libertades básicas del derecho comunitario, *necesitando un elemento de extranjería* similar a los exigidos en materia de circulación de personas¹⁰.

consultoría, textil, distribución alimentaria, entidades financieras, seguros, juego, publicidad, *renting* de vehículos, servicios para la dependencia, transporte, telecomunicaciones, etc.) como transversal (afectan a la *práctica totalidad de las áreas de actividad de las empresas: medio ambiente, protección al consumidor, etiquetado de los productos, marketing, seguridad industrial, autorizaciones y licencias, compras y licitaciones públicas, etc.*).

⁸ Las palabras de la Abogado General SHARPSTON en sus Conclusiones en el asunto C-212/06, relativas a libre circulación de personas, bien podría aplicarse a la circulación de mercancías y servicios y libertad de establecimiento: “*Debo confesar que encuentro profundamente paradójico el que, mientras los últimos 50 años han estado dedicados a abolir obstáculos a la libertad de circulación entre Estados miembros, las entidades descentralizadas de los Estados miembros puedan, no obstante, reintroducir barreras por la puerta falsa estableciéndolas dentro de los Estados miembros. Cabría preguntarse, retóricamente, qué clase de Unión Europea es ésta si la libertad de circulación está garantizada entre Dunkerque (Francia) y De Panne (Bélgica), pero no entre Jodoigne y Hoegaarden (Belgica)*”

⁹ Aclaremos que lo que sigue se refiere a la integración “negativa”, aquella que se produce exclusivamente por el juego de las libertades básicas, que gozan de efecto directo y, consecuentemente, pueden ser invocadas ante los tribunales si se ha sufrido una restricción, en virtud de la doctrina *Simmntahl*

¹⁰ Esta jurisprudencia inicial (en materia de circulación de mercancías) fue después matizada por la jurisprudencia *Pistre* y, más claramente, por la jurisprudencia *Guimont*. En la primera de estas sentencias, (asunto C.321-324/94) el Tribunal excluye que sea la situación puramente interna la que determine la no aplicación del derecho comunitario, sino la norma al respecto, de manera que “el vínculo de conexión puede existir cuando la norma estatal invocada por un ciudadano tenga un potencial comunitario y

Puede discutirse si el puro fraccionamiento normativo territorial interno de las exigencias para el ejercicio de una actividad cubierta por alguna de las cuatro libertades básicas comunitarias supone ya una vulneración del derecho comunitario (y si, verbigracia, resulta una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa de los intercambios de mercancías, el hecho de que un operador portugués deba cumplir acumulativamente el régimen de cada una de las Comunidades Autónomas en las que pretende implantarse en el Reino de España), lo cierto es que la vulneración del derecho comunitario, aunque imputable al Estado Miembro, puede proceder de alguna de sus Regiones o Comunidades Autónomas, pese a resultar perfectamente constitucional.

Ante este problema, algún Estado miembro (Italia) ha optado por constitucionalizar el llamado “vínculo comunitario”, de manera que la *“la potestad legislativa es ejercida por el Estado y por las Regiones respetando la Constitución, así como los vínculos derivados del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales”* (art. 117 párrafo primero, Constitución Italiana, tras la reforma constitucional de 2001). Naturalmente ello puede implicar que una norma de un poder público nacional que pueda ser contraria a derecho comunitario deviene no sólo inaplicable, sino *inconstitucional*, en el ámbito interno. Dicho en términos constitucionales, la Corte puede manejar el derecho comunitario como parámetro de la

permita, pro futuro, originar restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente. Resulta indiferente que el ciudadano que invoca la libertad sea nacional del Estado incumplidor, resida en éste, produzca mercancías sin vínculo comunitario alguno, etc. El hecho de que la norma invocada pueda resultar, en términos hipotéticos, contraria a los artículos 28 y 29 TCE, es suficiente para que exista un vínculo de conexión con el Derecho comunitario”.

La sentencia *Guimont* (asunto C-44/98) añadió el matiz de que para que el caso asuma un carácter comunitario, basta con que la norma nacional tenga un potencial lesivo de la libertad invocada, pero deberá ser distintamente aplicable de cara a los productos nacionales y extranjeros, respectivamente. De esta forma, con la Abogado General Verika Trstenjak en el asunto C-265/06 puede señalarse: “ la prohibición de las medidas de efecto equivalente a las restricciones, establecida en el artículo 28 CE, afecta a cualquier normativa de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario. Aun en el caso de que la medida no tenga por objeto regular el comercio entre los Estados miembros, lo esencial no es el objeto, sino el efecto –sea real o potencial– de una medida en el comercio intracomunitario”

constitucionalidad de la normativa regional: En última instancia las normas de intercambio de bienes y servicios del mercado único se transforman en normas internamente exigibles en derecho interno, quizá a través de la cita y utilización de la propia jurisprudencia del TJUE.

Nadas de esto pareciera posible en España. No existe tal vínculo comunitario expreso y es bien conocida la posición tradicional del TC: *no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario* (STC 64/1991) de donde se infiere, entre otras, la consecuencia de que *la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales es pues, una cuestión excluida del ámbito del recurso de amparo* (STC 180/93) y la afirmación de que *la eventual infracción de (la legislación comunitaria) por leyes estatales o autonómicas... no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas no constitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria* (STC 28/1991)¹¹. El derecho comunitario *no constituye, pues, canon de constitucionalidad, pues carece de rango*

11 Esta misma Sentencia contiene otra declaración igualmente importante: “no compete a este Tribunal garantizar la primacía del Derecho europeo, sino la de la Constitución española, y ni ésta ni la LOTC le atribuyen competencia para imponer a las Cortes Generales su criterio... .En suma, no puede entenderse razonablemente que cualquier supuesta infracción del Derecho comunitario derivado por una norma legal nacional viole el art. 93 C. E. Este es una norma de y sobre competencia y procedimiento, no una regla de fondo... No puede ser interpretado como una norma de recepción in toto del Derecho comunitario, originario y derivado, que atribuya a éste formal fuerza y valor jurídico-constitucionales, colocándolo así bajo la garantía de este Tribunal “.

La STC anotada fue objeto de un comentario ampliamente revelador por parte de MANGAS MARTÍN A.: “La Constitución y la Ley ante el Derecho Comunitario.(Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 28/91 de 14 de febrero sobre la Ley Orgánica de Régimen Electoral General y el Acta relativa a las elecciones al Parlamento Europeo”. Revista de Instituciones Europeas, (RIE) 1991, vol. 18, num 2. pag. 597 y ss.. Allí se critica, entre otras muchas, la afirmación de la Abogacía del Estado ante el TC que afirmaba “ningún Tribunal Constitucional de entre los que existen en los Estado miembros ha planteado nunca la cuestión prejudicial...”. El hecho de que tal afirmación no fuera exacta en cuanto a los hechos (había al menos cuatro Tribunales Constitucionales que, a la fecha lo habían hecho: La Corte de Arbitraje Belga (asunto C-143/97) el *Verfassungsgerichtsttshof* austríaco (asunto C-1543/1999), el *Staattsgerichtshof* de Hesse (Asunto C-158/97) y el Tribunal Constitucional lituano (Asunto C-195/08) fortalece aún más la argumentación de la autora. Hoy hay que sumar también que el mismo Tribunal Constitucional Federal Alemán (y el nuestro propio TC) se han sumado a esa posición

constitucional (SSTC 64/91 y 137/1995) ni es una tarea que pueda afectar al Tribunal Constitucional.

Esta posición hacía especialmente difícil la aplicación de las reglas comunitarias sobre intercambios interestatales a fin de recomponer la unidad del mercado interno, pese a que la literalidad del art. 139 CE parecería recoger las “cuatro libertades” básicas (libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales). Idealmente, podría haberse dado una “mutación constitucional” o un cambio interpretativo de la jurisprudencia constitucional que reconociera tal vínculo comunitario en materia de mercado interior, implícito en el citado art. 139 C.E, pero, salvo algún matiz que se observa últimamente, tal aseveración no se ha producido.

La jurisprudencia del TC más reciente (STC 157/2016, de 22 de septiembre), apunta un cambio importante, porque, tras recordar expresamente que el derecho europeo no es canon de constitucionalidad ni predetermina el reparto de competencias, utiliza la jurisprudencia del TJUE “como elemento interpretativo útil en el encuadramiento material de la cuestión debatida” cuando se trata de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, frente a normas autonómicas.

El Voto Particular que acompaña a esa sentencia muy certeramente indica que si la sentencia excluya nominalmente la alegación del derecho comunitario, la conclusión a la que llega se *apoya de forma exclusiva y determinante* en la Sentencia del TJUE Causa 400/2008, de 24 de marzo de 2011 (no basta la invocación de una razón imperiosa de interés general, sino que ha de probarse, con datos de hecho, la necesidad de la medida que limita la libertad de establecimiento) tomada ahora como criterio para determinar de lo básico estatal, sin atender por tanto, al argumento de que ni el derecho de la Unión es canon de constitucionalidad ni tampoco puede serlo la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta.

Sin Leyes de armonización y sin vínculo comunitario expreso, la vía seguida por el Legislador de la Ley 20/2013, con muchas dudas sobre su constitucionalidad (a los cuatro recursos presentados inicialmente se sumó una cuestión planteada por la Audiencia Nacional) ha sido diferente, y ha consistido en utilizar las competencias estatales normativas ex art. 149-1-1ª (regulación de las condiciones básicas) y 13ª (las bases y coordinación general de la planificación económica) para *comunitarizar* los intercambios internos y el derecho de acceso y establecimiento en el campo de la actividad económica, mediante la extensión de las soluciones exigidas por el derecho comunitario armonizado en la Directiva 2006/123/CE, a otros ámbitos.

Así lo refiere expresamente el Preámbulo de la Ley 20/2013. Y por ésta vía todo el derecho interno, dada la consideración de “regulación de las condiciones básicas” en el ejercicio del derecho de libertad de empresa”, o de “base de la planificación general de la actividad económica” que corresponde a las decisiones del legislador de la Ley, se quiso *comunitarizar*, pues aquellas normas pretendían integrarse en el *canon de constitucionalidad* por definir el alcance de la competencia de las Comunidades Autónomas. El contenido material de tal canon constitucional quiso construirse sobre la base del derecho comunitario.

II. EL DERECHO MATERIAL DE LA LEY DE GARANTIA DE LA UNIDAD DE MERCADO. EL INEVITABLE CONFLICTO COMPETENCIAL QUE PLANTEA.

La lectura de la Ley 20/2013 que consideramos más apropiada para desgranar el régimen del proceso contencioso-administrativo especial al que se refiere el art. 27 de la misma, consiste en intentar diferenciar, en lo posible, entre *regulación de la libertad de*

acceso, por una parte y regulación de la libertad de establecimiento o de circulación. A ello obliga, por cierto, la propia dicción del art. 27 que se refiere sólo a estos dos últimos términos, en una redacción que repite la disposición final tres al modificar la Ley de la jurisdicción (cuando la CNMC actué contras una Administración por considerar que una disposición, acto, actuación vía de hecho procedente de cualquier administración pública sea contraria a la libertad de establecimiento o de circulación...) y el art. 26 (medidas incompatibles con la libertad de circulación o establecimiento) de la LGUM.

Tal mención separada a establecimiento o circulación, por una parte y, por otra, regulación del acceso, nos parece importante, en la medida en que el proceso especial queda restringido nominal y expresamente a las medidas que se opongan a la regulación contenida en la Ley en materia de establecimiento o libre circulación.

A la hora de separar ambos aspectos, no ayuda mucho la sistemática de la Ley, pero puede decirse que tanto el art. 16 (libre iniciativa económica en todo el territorio nacional y posibilidad de limitarse internamente, con fundamento en una Ley o norma comunitaria, acudiendo a los principios y reglas del art. 17 (instrumentación de los principios de necesidad y proporcionalidad), como el art. 5 (principios de necesidad, motivación en alguna razón imperiosa de interés general, y proporcionalidad de toda limitación al acceso o ejercicio de una actividad económica) se **inscriben primariamente en la regulación del acceso** y por ello, deberían quedar al margen del procedimiento especial). La argumentación de que esto es así requiere algún detalle.

La LGUNM, de conformidad con su art. 1 tiene dos objetivos, que se enuncian en los dos números del propio artículo: libre acceso (numero 1) y unidad de mercado a través de la libre circulación y establecimiento, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizar

directa o indirectamente, (numero 2), que se fundamenta en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la libertad de empresa.

En el primer aspecto, la ley regula una dimensión del derecho fundamental de art. 38 C.E. (libre iniciativa económica en los términos de los arts 16 y 19 LGUM) *el acceso* a la actividad económica, que juntamente con el ejercicio y la libertad de cese, integran el contenido esencial de aquél derecho. Tal regulación se hace con tres reglas que dan lugar a:

-En primer lugar, **regla de acceso a la actividad económica conforme a las limitaciones y régimen establecidos en el lugar del primer establecimiento** (art. 16 y 19)

-En segundo lugar, **Eficacia en todo el territorio nacional del reconocimiento de tal acceso** (arts. 19 y 20)

Tales dos reglas integran **una condición básica**: La de que **el régimen de acceso al ejercicio de una actividad económica ha de ser uno y único en todo el territorio nacional**

-Y en tercer lugar, tercera regla que *no da lugar a una segunda condición básica*, sino que responde a la competencia ex art. 149-1- 13 (*ordenación general de la economía*) las limitaciones al acceso deben respetar el régimen restrictivo de la interferencia administrativa, de los arts. 5 y 17 de la LGUM (exigencia de ley que habilite la intervención, necesidad de la misma y justificación en alguno de los motivos ex art. 17, adecuación, motivación expresa y proporcionalidad estricta del mecanismo administrativo de intervención).

Esta distinción es necesaria porque, según creemos, sólo la condición básica (reglas 1 y 2) esta específicamente tutelada por el procedimiento especial para el que se encuentra legitimada la CNMC ex art. 27 de la propia Ley, que en efecto permite al regulador utilizar el procedimiento especial contencioso administrativo frente a actuaciones administrativas que considere “**contrarios a la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la presente ley**” (literal)

No debe olvidarse, en aras a la claridad, que el regulador dispone de otra legitimación, otorgada ahora por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia conforme a la cual (art. 5).

En cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados

Pero, obsérvese, que ahora no se menciona ningún procedimiento especial ni se menciona órgano jurisdiccional competente expreso. Se trata, evidentemente, de **un recurso ordinario** frente a cualquier actuación administrativa que se entienda contrario a la competencia. El cauce **normal para hacer valer los principios antes enumerados como regla tercera, (limitación de la intervención administrativa)** será el *proceso contencioso ordinario común*, en la medida en que se entienda que la *libre competencia, respecto de la intervención administrativa*, ha quedado normativamente configurada por la LGUM.

Fuera del caso en que tales requisitos se impongan de manera discriminatoria o requieran vinculación territorial determinada (que son objetivamente obstáculos a la libertad de establecimiento o circulación) **no hay cuestión de unidad de mercado, sino una cuestión de obstáculos a la libre competencia, resultado de la acción administrativa, y deben quedar al margen del proceso especial.** No se niega que la CNMC pueda impugnar la actividad en una Comunidad Autónoma que no respete los principios de los arts. 5 y 17, pero creemos que no debe ser objeto de recurso especial.

Por eso, consideramos un exceso que la CNMC haya decidido (literal)

interponer, **en virtud del artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado,** recurso contencioso-administrativo contra los Acuerdos adoptados el 14 y 16 de marzo de 2016 por el Concejal Delegado del Área de Planificación Urbana de Bilbao/Bilbo que resolvieron interrumpir varios procedimientos de otorgamiento de licencias de obras para nuevos establecimientos de hostelería en dicha ciudad, así como interponer recurso contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Bilbao/Bilbo de 24 de febrero de 2016, por el que se resolvió **dejar en suspenso por un período máximo de 1 año la concesión de nuevas licencias a establecimientos hosteleros en todo el ámbito de la Ordenanza nº 7** de dicho municipio.

Si la justificación del acuerdo de interposición del recurso especial se fundamenta en que “ **Ni en el Acuerdo marco de suspensión de 24 de febrero de 201617, ni tampoco en los Acuerdos singulares de suspensión de 14 y 16 de marzo se justifican expresamente la *necesidad ni proporcionalidad de la suspensión acordada*** (INFORME DE 27 DE ABRIL DE 2016 SOBRE RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO

DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CONTRA LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DE OTORGAMIENTO DE LICENCIAS PARA LA APERTURA DE NUEVOS ESTABLECIMIENTOS DE HOSTELERÍA ACORDADA POR UN AYUNTAMIENTO (UM/047/16), no creemos que ello habilite el recurso especial, posible cuando la medida resulte contraria en los términos de la Ley y tal como venimos repitiendo, a *la libertad de establecimiento o circulación*.

Que tal medida supone **una barrera de entrada**, es evidente; **que afecta temporalmente a la competencia**, también. Pero que se afecte a la Unidad de Mercado concebida como libertad de acceso conforme a un único régimen en todo el territorio nacional, y eliminación de obstáculos a la libertad de establecimiento o circulación, parece más que dudoso.

Casi igual exceso, aún más injustificado, se observa en otro reciente recurso de la CNMC (Resolución de la CNMC de 20 de enero 2016) “contra los requisitos establecidos en el el *Acuerdo de 27 de octubre de 2015 del Gobierno de Aragón, por el que se establecen los objetivos, criterios y requisitos que guiarán la programación de las enseñanzas universitarias oficiales en la Comunidad de Aragón para el período 2016-19,*” recurso que se interpone por la CNMC al amparo del artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, por **considerarlos contrarios a los principios de proporcionalidad, libre iniciativa económica y no discriminación de los artículos 5, 16 y 18 LGUM**.

El argumento es ahora que “La vinculación de la implantación, modificación, supresión y renovación de la acreditación de enseñanzas universitarias oficiales en Aragón a su adecuación a la potencial demanda social, prevista en el punto Segundo

apartado 3 de la Orden de 30 de octubre de 2015 constituye un requisito económico ligado a la demanda prohibido por el artículo 18.2.g) LGUM en relación con el artículo 10 e) de la Ley 17/2009, por resultar contrario a los principios de libre iniciativa económica y libertad de establecimiento y circulación de los operadores económicos. Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (InformeUM/084/15)

En realidad, la Orden autonómica está haciendo aplicación de un precepto legal (art. 5. 1 a de Ley 5/2005, de 14 de junio, de Ordenación del Sistema Universitario de Aragón), conforme al cual *la configuración de la programación universitaria deberá tener en cuenta el grado de demanda de los diferentes estudios y las necesidades de la sociedad en educación universitaria* entre otras finalidades. Y ello pone de relieve otro problema permanente del recurso especial: Su inevitable aspecto competencial.

Se podría, con fundamento, alegar **que no estamos en presencia de una actividad económica**, tal como la considera la Directiva Servicios, cuyo CDo 34 señala literalmente: *la característica de la remuneración (que da lugar a actividad económica y servicio) no se da en las actividades que realiza el Estado sin contrapartida económica, ... , tales como los cursos realizados en el marco del sistema educativo nacional. El pago de cuotas por parte de los destinatarios, por ejemplo, las tasas académicas o de matrícula pagados por los alumnos para hacer una contribución a los gastos de funcionamiento de un sistema no constituye por sí mismo remuneración porque el servicio se sigue financiando fundamentalmente con fondos públicos. Estas actividades no responden, pues, a la definición de «servicio» del artículo 50 del Tratado y, por tanto, no entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva.*

Siendo esto así, difícilmente podrá objetarse al ejercicio de la competencia autonómica sobre programación de la educación universitaria, los requisitos de

intervención mínima o prohibición de limitar el establecimiento mediante requisitos de naturaleza económica de la LGUM, porque no se trata de interferir en una actividad económica.

Pero, en cualquier caso, resulta patente el cruce de títulos competenciales de la Comunidad Autónoma (del 73 del Estatuto de Autonomía de Aragón, reformado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril: *ordenación, coordinación y descentralización del sistema universitario de Aragón con respeto al principio de autonomía universitaria*) y los títulos estatales *ex art. 149-1 1ª y 13ª C.E.*, que son los títulos que fundamentan la LGUM en lo que importa ahora.

Ante este conflicto *¿quid iuris?*. Desde luego, no la utilización del proceso especial contencioso-administrativo de la LGUM (art. 27), sino en su caso, la vía del oportuno recurso o conflicto de competencias ya sea ante la jurisdicción ordinaria o constitucional.

Pero el supuesto ejemplificado, es, en realidad muestra de otro aspecto más general e igualmente problemático: El Estado puede haber ejercitado plenamente su competencia sectorial, estableciendo las **bases** de una materia (por ejemplo, **art. 2.5 de la LOU**. *Corresponde a cada Comunidad Autónoma las tareas de coordinación de las Universidades de su competencia*, Ley Orgánica de Universidades se dice dictada al amparo de las competencias estatales **ex 149.1.1, 15.ª, 18.ª y 30.ª** de la Constitución: **ALGUNA DE ELLAS, LAS MISMAS QUE JUSTIFICAN LA LGUM**). Establecida tal regulación básica, en este u otro campo, la Comunidad ejercer su competencia sectorial introduciendo normativas que, a juicio de la CNMC **contradigan no lo básico sectorial, sino lo básico previsto en la LGUM.**

Es más, es posible que **allí donde el regulador aprecie tal la contradicción con la LGUM, la solución normativa o ejecutiva venga impuesta por la propia normativa estatal exclusiva o, en segundo lugar, que la medida introducida por la comunidad autónoma sea la única posible de respetarse el derecho básico estatal sectorial.** y de nuevo, *¿quid iuris ahora?*

Ninguna de estas dos situaciones son casos de laboratorio. La primera, es el supuesto de hecho del recurso al amparo del art. 27 de la LGUM . Es competencia exclusiva del Estado la totalidad de la Legislación Laboral, correspondiendo a las Comunidades Autónomas únicamente su ejecución (art. 149 1 7ª de la CE). Esa materia alcanza, según el TC a la regulación de la salud laboral. El desarrollo normativo de esa materia ha dado lugar a la posibilidad de servicios de salud laboral ajenos a la empresa, servicios cuyo régimen reguló también el Estado. El aspecto que correspondía a las Comunidades Autónoma era exclusivamente la autorización sanitaria de los centros.

Pues bien: La CNMC recurre una actuación autonómica que, esto es lo notable, reproduciendo la exigencia de la normativa exclusiva del Estado en materia de salud laboral imponía como requisito que las empresas que suministrasen esos servicios ajenos de salud laboral tuviesen centros radicados en el territorio de una Comunidad: Tal exigencia se contenía en el RD 843/2011 de 17 de junio por el que se establecen los criterios básicos (es normativa básica de sanidad sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de servicios de prevención) . La CNMC lo considera contraria al art. 18 de la LGUM (limitación de la libre circulación y establecimiento mediante un requisito discriminatorio consistente en la exigencia de establecimiento físico en un territorio) y recurre la actuación de la Comunidad Autónoma de Castilla y Leon ...

La SAN de treinta y uno de marzo de dos mil dieciséis (ECLI:ES:AN:2016:1148) examina el asunto y concluye, con cierta perplejidad:

Es la normativa estatal la que justifica la adopción de los actos recurridos por lo que no resulta de aplicación la LGUM, ya que puede razonablemente concluirse que cuando es el Estado quien ejerce su propia competencia al regular una materia, y lo hace de forma plena, no puede invocarse frente al mismo la fragmentación del mercado, ni la necesidad de acudir a mecanismos de garantía de unidad de mercado, pues no cabe duda de que una regulación uniforme y homogénea es una fórmula que evita con toda seguridad evita cualquier tipo de fragmentación o dispersión”

Muy destacable, **la Sala de la AN es consciente de que la norma estatal ejecutada fue modificada por el RD 901/2015 de 9 de octubre, justamente para adaptarlo a las previsiones de la Ley 20/2013, termina afirmando:**

“cuando es el Estado quien ejerce su propia competencia al regular una materia, y lo hace de forma plena, no puede invocarse frente al mismo la fragmentación del mercado, ni la necesidad de acudir a mecanismos de garantía de unidad de mercado pues no cabe duda de que una regulación uniforme y homogénea es una fórmula que evita con toda seguridad evita cualquier tipo de fragmentación o dispersión. Ahora bien, si el Estado estima que sus competencias han sido invadidas por una regulación autonómica que regula materias que le están vedadas, deberá impugnar dicha normativa, si así lo estima oportuno, por los medios establecidos al efecto que, también sin género de dudas, no se encuentran en la LGUM que parte, como hemos visto, de presupuestos distintos”

De igual fecha de deliberación y fallo es la SAN 1147/2016 de 30 de marzo de 2016 en la que ya se duda abiertamente de la constitucionalidad de las soluciones de la LGUM y se no solo que puede razonablemente concluirse que cuando es el Estado quien ejerce su propia competencia al regular una materia, y lo hace de forma plena, no puede invocarse frente al mismo la fragmentación del mercado, ni la necesidad de acudir a mecanismos de garantía de unidad de mercado pues no cabe duda de que una regulación uniforme y homogénea es una fórmula que evita con toda seguridad evita cualquier tipo de fragmentación o dispersión. Sino también que *si el Estado estima que sus competencias han sido invadidas por una regulación autonómica que regula materias que le están vedadas, por infracción de los básico, deberá impugnar dicha normativa, si así lo estima oportuno, por los medios establecidos al efecto que, también sin género de dudas que el Principado de Asturias ha adoptado una normativa para la que carece de habilitación suficiente y por ello que invade competencias del Estado, no nos cabe duda de que, ante dicha disputa, los mecanismos y principios de la LGUM no son aplicables*

La posición de estas dos sentencias parece apuntar una solución: Mientras permanezca dentro de lo básico sectorial, la actuación de las Comunidades Autónomas no puede ser impugnada a través del cauce del contencioso de la unidad de mercado, por tratarse de un pleito competencial, para el cual la vía no es el proceso especial.

III. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA GARANTIA DE LA UNIDAD DE MERCADO

1. Antecedentes

En primer lugar, debe recordarse la legitimación expresamente reconocida a la entonces denominada Comisión Nacional de Competencia, por el hoy derogado art. 12-3 de la Ley 15/2007, de 2 de julio, de Defensa de la Competencia. Conforme a este precepto, la Comisión Nacional de la Competencia estaba legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

Tal legitimación *ex lege* permitía a la CNC interponer recurso contencioso-administrativo ordinario sin ajustarse al cuadro territorial de ejercicio compartido de sus otras competencias con órganos similares de las Comunidades Autónomas. Fue así posible, por ejemplo, que tal organismo (en la primera ocasión que hemos podido localizar) planteara ante **el TSJ de la Comunidad Valenciana, la nulidad de un precepto reglamentario, el Decreto 24/2140 de 29 de enero, del Consell, por el que se aprobaba el Plan de Modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de viajeros por carretera**, por su contradicción con el Reglamento CE 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera. La forma de articularse la duración de las prórrogas de las concesiones en el citado Plan, entendió la CNC, constituía un obstáculo a la libre competencia, obstáculo que resulto ser ilegal, en efecto, por su contradicción con el citado Reglamento¹². En la segunda ocasión en que se utilizó

¹² STSJ Valencia, de 22 de octubre 2012, Az. RJCA\2012\837. Por cierto que la existencia misma de tal legitimación fue discutida en el recurso.

Sobre los problemas jurídicos iniciales de tal legitimación *ex lege*, vid.: GONZALEZ-PANIZO TAMARGO A.: "Legitimación activa de la CNC para el ejercicio de acciones jurisdiccionales: Objeto, motivos de impugnación y pretensiones ejercitables" en CASES; Ll. (Dir.) *Anuario de la competencia 2009*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona 2010, pag. 15 y ss .

este instrumento, la CNC impugnó ante el TSJ de Galicia un supuesto similar, que dio lugar a la STSJ de 24 de mayo de 2012 (Az. JUR\2012\228426) pero ahora el recurso es desestimado por cuanto la actuación de la Comunidad demandada “entrañaba la impugnación de una norma con rango legal, para la cual carece de atribuciones la Comisión de acuerdo con lo establecido en la Ley 15/2007”.

Se trata, en la escasa jurisprudencia disponible, de un recurso ordinario, estrictamente objetivo en el que se depuraba la existencia o no, en los actos y disposiciones impugnados de obstáculos a la libre competencia que puedan calificarse desproporcionados o innecesarios y que conlleven una restricción grave para la competencia en el mercado, y un perjuicio para los consumidores.

La STSJ MADRID de 31 de mayo de 2016 ECLI:ES:TSJM:2016:4219 enjuicia el Decreto 79/2014, de 10 de julio, de la Comunidad Autónoma de Madrid, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de

La CNC se ha transformado, como se sabe en la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC) por Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, cuya Disposición Derogatoria letra e) deroga el citado art. 12-3, pero no el 13-2 que indica: “los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”. El contenido anterior de la 15/2007 ha sido llevado ahora al art. 5-4 de la Ley 3/2013 que señala: “En cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”.

La *Memoria de actividades* de la Comisión 2012-2013, da cuenta de otro recurso contra una norma estatal, (RD Disposición Final 4ª del Real Decreto 1623/2011 de 14 de noviembre) y se añade que la posibilidad de impugnar actos y disposiciones de categoría inferior a la ley de las que se deriven obstáculos a la libre competencia “constituye un instrumento singular entre los países de nuestro entorno”. Pero un mecanismo similar existe también en Italia, donde el art. 21-bis de la Ley 287/90, ha atribuido a la *Autorità Garante de la Concorrenza e del Mercato* legitimación para a impugnar los actos de la administración que ocasionen distorsión a la competencia. Tal poder de *advocacy* se ha reforzado a consecuencia del nuevo papel de la concurrencia en los sectores recientemente liberalizados.

Vid. LO SURDO, A.: “First remarks of an Italian administrative court on the ICA’s new power to file a claim against administrative measures hindering competition”. *Italian Antitrust Review*, Vol 1, No 1 (2014), pag. 74.

Madrid y lo declara nulo en la medida en que impide que se contraten por periodo inferior a cinco días, con cita y aplicación de lo previsto en el art. 5 y 17 de la LGUM:

No puede olvidarse que la LGUM dispone en su art. 5 que "...las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o a su ejercicio de conformidad con lo previsto en el art. 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivaran su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el art. 3.11 de la Ley 17/99, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Cualquier límite o requisito establecido en el apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica....". El citado art. 17 de la LGUM alude a la justificación por razones de "orden público, seguridad pública o salud pública"

Y termina anulando el citado decreto en cuanto la finalidad invocada (**protección de los consumidores**) para justificar la medida de limitación prohibición de contratación por periodo inferior a cinco días de estancia) es contraria a los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

El posible riesgo de confusión entre éste proceso (ordinario) y el especial de Garantía de la Unidad de Mercado, subsiste, pero observese que la STSJ Madrid hace aplicación de lo que antes se ha indicado y no todo el contenido de la LGUM es tutelado exclusivamente por el recurso especial.

La regulación de los principios de intervención mínima (necesidad, adecuación, justificación expresa en alguna razón imperiosa de interés general y proporcionalidad), parece presentarse como **límites legales que, de ser infringidos**, suponen un obstáculo a la libre competencia, denunciable a través de la legitimación genérica de la CNMC ante la jurisdicción contenciosa ex art. al art. 5-4 de la Ley 3/2013, y no a través de la legitimación ex art. 27 de la LGUM

2. La actividad impugnable. La cuestión de los Decretos Legislativos, el recurso indirecto contra normas, la inactividad administrativa y la vía de hecho.

Como uno más de los procedimientos especiales, se regula ahora en el Título V de la LJ un procedimiento que presenta las siguientes características. En primer lugar, aunque la actividad administrativa impugnable sigue siendo casi idéntica al del contencioso ordinario (**disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho, dice el art. 127 bis LJ**), no deja de ser llamativa la falta de coincidencia exacta entre la materia ahora impugnable y la que indican los arts. 25 y ss Ley de la Jurisdicción, aunque el término “actuación” sea el utilizado por el art. 1 de la propia LJ para aludir al ámbito de esta jurisdicción.

El actual 127 ter 10 (“El procedimiento para la garantía de la unidad de mercado, en lo no dispuesto en este Capítulo, se regirá por las normas generales de la presente Ley) hace difícil diferenciar una materia distinta, frente a la normativa general, como objeto de este procedimiento. La inclusión del término “actuación” sólo cabe interpretarla como una relativa inexactitud del Legislador, quizá con **la idea de ampliar la actividad material de la administración que resultaría impugnable**. Recuérdese que, de conformidad con

las normas generales (art. 25-2 LJ) solo cabe recurso contencioso contra las “**actuaciones materiales que constituyan vía de hecho**”, no en otro caso. *¿Quid iuris*, entonces, respecto de actuaciones de la administración que no constituyan acto, disposición y no integren el concepto de vía de hecho?. No es una simple hipótesis: *Piénsese, por ejemplo, actividad “informativa” de una la administración que trata de condicionar, de manera contraria a la Ley 20/2013 (LUM) la actividad de un operador.* La jurisprudencia deberá decidir si del art. 127 bis 13 se sigue una ampliación de la actividad impugnabile por ser contraria a la LUM, con relación a la materia impugnabile propia del recurso contencioso administrativo ordinario (acto, disposición, inactividad y **actuación material constitutiva de vía de hecho**).

No parece que debiera ofrecer dudas (desde esta perspectiva de la actividad impugnabile) la referencia contenida en el art. 127 bis a “una disposición”, como omnicomprensiva tanto de reglamentos (disposiciones administrativas de carácter general) como de los Decretos Legislativos “en cuanto excedan los límites de la delegación” (art. 1 LJ). Pero los inconvenientes de tal equiparación (**que supone leer el término “disposición” sin dar por supuesto que se refiere únicamente a disposiciones administrativas de carácter general**) son notables.

Aunque el aspecto competencial podría entenderse salvado y sería posible leer el actual art. 10 -1-b LJ (*Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con: b) Las disposiciones generales emanadas de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales*) en consonancia con la nueva redacción del art. art.11-1-h (*La*

¹³ El art. 127 bis de la LJ se inicia, en el texto que le da la Disposición Final Primera de LUM, con una clamorosa errata en el BOE num 295 del 10 diciembre 2013, al referirse a la *Ley 19/2013* (es la conocida como *Ley de Transparencia*) en lugar de a la *Ley 20/2013*. Diríase que el Legislador sigue “a la letra” su plan de reformas y ya no sabe en qué momento se encuentra. No hemos visto corregida la hasta el BOE del 4 de abril de 2014.

*Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia: h) De los recursos interpuestos por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en defensa de la unidad de mercado), la interpretación según la cual en este proceso especial no es aplicación el art. 10-1-b LJ (que atribuiría la competencia al respectivo TSJ) sería llamativa: **Un Decreto Legislativo Autonómico enjuiciado en la Audiencia Nacional por exceso respecto de la delegación otorgada por el respectivo Parlamento Autonómico.** Todo ello, sólo explicable en virtud de la *competencia “excepcional”* aludida en el art. 66 e in fine de la Ley Orgánica 6/85 del Poder Judicial: **(La Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional conocerá) y de aquellos otros recursos que excepcionalmente le atribuya la ley).** Y ello, aunque sólo fuera por el carácter de ley ordinaria de la LGUM y el carácter de Ley Orgánica que corresponde al art. 74 de la LOPJ*

Por estas razón, me inclino a pensar que los Decretos Legislativos no están incluidos en la materia impugnable en este recurso especial, aunque literalmente (“disposiciones”) pudiera así entenderse. Por ello mismo, quizá el *ultra vires* en que pueden incluir tales normas debería quedar al margen del recurso especial.

Sobre esta “materia impugnable” hay que proyectar las exigencias generales, de manera que el acto administrativo ha de ser un acto definitivo (o de trámite cualificado, art. 25- 1 LJ) que agote la vía administrativa. A este fin se prevé que en la reclamación previa ante el Consejo de la Unidad de Mercado (art. 26-7 LUM) se agote la vía administrativa con la respuesta con la respuesta de la autoridad competente que ha intervenido en la misma.

Con relación a las **disposiciones administrativas** no hay nada especial que señalar en este procedimiento, **salvo que no se aclara si el llamado recurso indirecto (art. 26 LJ) contra normas reglamentarias podrá plantearse por este cauce procesal.**

Por supuesto, en el procedimiento especial examinado podrán impugnarse actos fundándose en tal motivo, pero es discutible si la Audiencia Nacional (órgano que extrañamente conoce del procedimiento especial) ha de plantear la llamada “cuestión de ilegalidad” a la que se refieren los arts. 123 a 126 LJ).

En realidad, de conformidad con el art. 27 de la LJ, **si la ilegalidad de la disposición administrativa aplicada lo es por razón de afectar, en los términos que ya se ha señalado, a la LGUM, no habrá lugar a tal cuestión y la Audiencia Nacional podría pronunciarse sobre la nulidad de la norma reglamentaria aplicada.** En efecto, la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional resulta competente para conocer también del recurso especial directo contra la norma, -como reclama literalmente el art. 27-2 LJ-, por aplicación del art. 127 bis LJ y art. 11-1-h de la misma. **Por ello, no solo anulara el acto, sino que también “declarará la de nulidad de la disposición general”** (art. 27-2 LJ).

Pero si la ilegalidad de la norma aplicada al dictar el acto directamente recurrido ***no es resultado de su contradicción con la LGUM o con la libertad de circulación y establecimiento en general,*** (esto es, está fuera del ámbito objetivo del recurso especial) aunque el acto aplicativo (anulado por el fallo) sí lo sea, el planteamiento de la cuestión de ilegalidad parece posible.

La solución a este inevitable problema debe proceder del entendimiento restrictivo que este otro procedimiento especial que es *la cuestión de ilegalidad*, tiene, por cuanto, **ha de ceñirse a aquellos preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para la estimación de la demanda contra el acto aplicativo** (art. 123 -1 LJ). Difícilmente, se dará, en el procedimiento de garantía de la unidad de mercado, la posibilidad de que la Audiencia Nacional sea competente por razón de que el acto está incluido en el ámbito objetivo y los preceptos aplicados no lo estén.

Pero si se observa el alcance del fallo de la sentencia estimatoria (art. 127 ter 6 LJ: La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico que afecte a la libertad de establecimiento o de circulación, incluida la desviación de poder) se aprecia la posibilidad de que una *disposición administrativa general resulte nula por contradicción con el ordenamiento no sustentada en infracción de la libertad de mercado (ni en infracción directa de la LGUM)*.

Si el acto que la aplica sí afecta a tal ámbito, **la sentencia que estime el recurso en el procedimiento especial, debiera ir seguida de la correspondiente cuestión de ilegalidad**, sin afectar a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional.

La más espinosa cuestión de cómo puede aplicarse esta construcción, es la de enfrentarse con actos aplicativos de un Decreto Legislativo¹⁴ dictado *ultra vires*. Si en el procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado se anulase un acto que afecte a la libertad de establecimiento y circulación, por razón de haber sido dictado en aplicación de un Decreto Legislativo *que ha sido dictado ultra vires*, y el precepto aplicado debe tratarse como una simple norma reglamentaria, ¿debe la Sala de la Audiencia Nacional plantear la oportuna cuestión de ilegalidad al órgano competente para conocer del recurso directo contra el Decreto Legislativo?.

Si el *ultra vires* radica o **afecta a preceptos respecto de los que pueda predicarse su contradicción material con la LGUM**, parece posible que la Sala de la Audiencia

¹⁴ Se da por supuesto que del art. 27 LJ en su literalidad de “*una disposición general*”, resulta que la cuestión de ilegalidad, tal como aparece regulada en los arts 123 y ss. LJ resulta de aplicación en relación a los Decretos Legislativos *cuando excedan los límites de la delegación*. En este sentido, vid. ALONSO GARCIA, R., Comentario al art. 27, en VV AA: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Redacción de la Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas Madrid, 1999, pag. 272. También podría, no obstante,

Nacional, en este procedimiento especial, no sólo anule el acto, sino que también declare, *con efectos generales* el carácter ultra vires de tales preceptos. Pero, si este no fuera el caso (el vicio de *ultra vires*, que existiendo, no radica en preceptos que puedan ser objeto de recurso directo de garantía de unidad de mercado) la Sala sólo puede, declarar la existencia del vicio con efectos relativos al fallo, y anular el acto aplicado en cuanto éste afecte a la unidad de mercado.

De no menor complejidad resulta la determinación del ámbito del recurso especial en relación a **la inactividad administrativa**. Los perfiles del recurso ordinario contra la inactividad (arts. 25-2 y 29 LJ) incluso interpretados a la luz de la Exposición de Motivos de la Ley¹⁵, no resultan claros más allá de la exigencia de una reclamación dirigida a obtener una **prestación material concreta en favor de una o varias personas determinadas**, o la adopción de **un acto expreso allí donde no juega el silencio administrativo**.

En cualquier caso, y aunque en éste último campo pueda el recurso especial tener algún alcance (**acto debido**, sin que sea posible sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el «quando» de una decisión, dice la Exposición de Motivos), **no deja de ser significativo la**

¹⁵ Recuérdese lo que dice el apartado V *Objeto del Recurso* de tal Exposición de Motivos : “la Ley crea un recurso contra la inactividad de la Administración, que tiene precedentes en otros ordenamientos europeos. El recurso se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo. De esta manera se otorga un instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas. Claro está que este remedio no permite a los órganos judiciales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el «quando» de una decisión o de una actuación material, ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades, pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquélla. De ahí que la Ley se refiera siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción y de ahí que la eventual sentencia de condena haya de ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén establecidas. El recurso contencioso-administrativo, por su naturaleza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativas, sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad”.

omisión a la *inactividad* administrativa entre la materia impugnada, omisión que resulta del tenor literal del art. 127 ter 6 de la LUM, conforme al cual **la sentencia: “estimaré el recurso cuando la disposición, a actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico”**). Quizá por que el recurso especial tiene matices objetivos y porque el recurrente (la CNMC) *no puede reclamar una prestación material concreta en favor de persona determinada*”

La doctrina y la jurisprudencia que se ha ocupado de esta acción en carencia, apuntan a que no constituye un cauce procesal idóneo para pretender el cumplimiento por la Administración de obligaciones que requieren la tramitación de un procedimiento contradictorio antes de su resolución¹⁶. El pago discriminatorio de ayudas económicas ya concedidas, pudiera, en efecto, implicar *vulneración de la unidad de mercado* y ser objeto del procedimiento especial de la LJ.

¹⁶ Por todas, la STS 16 de diciembre 2013, con resumen jurisprudencial. Se deniega la casación contra sentencia que declaró la inadmisión del recurso por inactividad contra una reclamación de cantidad, con el argumento de que los derechos económicos que se reclaman, derivados del cumplimiento del Plan de Viabilidad aprobado por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2007, *están supeditados a que la Comisión Europea declare que las aportaciones controvertidas son compatibles con el mercado interior*.

Es quizás en este campo (ayudas y subvenciones ya concedidas y pendientes de pago) dónde el procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado puede tener alguna relevancia. Recuérdese el texto del art. 18 2-a de la LUM : *Serán consideradas actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios recogidos en el Capítulo II de esta Ley los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen:*
a) Requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, *para la obtención de ventajas económicas*

Entre las numerosas contribuciones doctrinales, además de la muy conocida obra de GOMEZ PUENTE, M.: *La inactividad de la administración* (4ª), Aranzadi, Pamplona 2011, y los tempranos análisis de MENEDEZ REXACH, A.: “El control judicial de la inactividad de la Administración” en el *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5, 2001 pgs. 163 y NIETO, A.: “La inactividad de la Administración en la LJA de 1998” en *Justicia Administrativa* numero extra 1, 1999 pueden verse también el análisis de MESSEGUER YEBRA, J.: *La inactividad de la administración como objeto del recurso contencioso-administrativo* Boch, Barcelona 2001, y el de AGUADO i CUDOLA V.: *El recurso contra la inactividad de la administración en la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa* Marcial Pons, Madrid 2001, más los diferentes comentarios de conjunto a la Ley de la Jurisdicción (desde GONZALEZ PEREZ, J.. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contenciosa*, 7ª , Civitas Madrid 2013, hasta el más reciente, VVAA: *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa*, Tiran lo Blanch Valencia, 2014).

Finalmente en relación con la “**actuación en vía de hecho**” como objeto de este especial recurso, debe destacarse que la configuración general de esta actuación administrativa como actividad impugnabile, requiere, según la Exposición de Motivos que la **actuación material (no declarativa)**, sin cobertura jurídica, “**lesione derechos o intereses patrimoniales de cualquier clase**” **no solo, por tanto, derechos reales**¹⁷.

En el procedimiento especial, puesto que se inicia sólo mediante la intervención como legitimada de la CNMC, hay que leer la referencia del art. 30 LJ **al “interesado”**, (esto es, **el titular de derechos e interés afectados por la actuación material**) en sentido diferente.

La interpretación conjunta de los preceptos del procedimiento especial y las normas generales sólo permiten entender que, o bien la CNMC puede actuar frente a vía de hecho aunque no sea “interesado” como reclama el art. 30 LJ, por que expresamente la autoriza la redacción del art. 127 bis LJ en cuyo caso, una vez más *el procedimiento especial tomo un evidente carácter objetivo, alejado de la tutela de derechos e intereses legítimos*), o bien se restringe tal posibilidad al supuesto de que un operador (“interesado” en el sentido que reclama la LJ) se haya dirigido a ella solicitando el ejercicio de esta acción.

Pero no existe base positiva para pensar en una restricción de la legitimación de la CNMC, en caso de vía de hecho, a estos únicos supuestos y con ello, el ámbito de posibles pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso de la AN se sitúa en una órbita de control generalizado sobre la actuación, en vía de hecho, de las administraciones, que puede llegar a ser muy perturbador del orden constitucional de competencias.

¹⁷ Lo destacó oportunamente, señalando la diferencia con las acciones posesorias civiles, LOPEZ MENUDO, F.: Comentario al art. 30 en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contenciosa, Redacción de la REDA*, cit. pag. 322

3. Legitimación. La figura del “interviniente-recurrente”

El procedimiento especial regulado hoy en el Capítulo IV del Título V de la LJ esta únicamente habilitado a la legitimación que a la CNMC reconoce el art. 27 de LUM. Se añade que tal organismo podrá actuar “*de oficio o a petición de los operadores económicos que podrán dirigirse a la misma antes de iniciar un procedimiento contencioso administrativo*”. Independientemente, pues, de que los operadores (cuando entiendan que se han vulnerado sus derechos o intereses legítimos por alguna disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento o de circulación, art. 26 LUM) hayan intervenido mediante reclamación ante el Consejo para la Unidad de Mercado, lo cierto es que el art. 27-2 habilita una solicitud directa de los operadores económicos, aunque no sean los titulares de derechos e intereses legítimos afectados por la actuación a dirigirse a la CNMC. La Disposición Adicional 5ª LUM menciona expresamente la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos de afectados para ejercer el derecho de petición a que se refiere el citado artículo ²⁷

En ausencia del ejercicio de tal legitimación por parte de la CNMC, los operadores sólo pueden interponer el recurso contencioso-administrativo ordinario (art. 27-5 LUM). Igual conclusión es aplicable para el caso de operadores “afectados” que hayan presentado reclamación ante el Consejo para la Unidad de Mercado, en cuyo caso, si existiesen motivos de impugnación distintos de la vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación, los operadores que hayan presentado la reclamación deberán hacerlos valer de forma separada, a través de los recursos administrativos o jurisdiccionales que procedan frente a la disposición o actuación de que se trate.

No muy diferentes son las normas aplicables a otras vías a través de las que puede conseguirse la actuación de la CNMC, y así lo afirma expresamente el art. 27-6 (En el caso de la acción popular y el derecho de petición previstos en la disposición adicional quinta de esta Ley, la legitimación para la interposición del recurso contencioso-administrativo corresponderá en exclusiva a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia). En efecto, la así llamada, acción pública aludida en la Disposición adicional 5ª de la LUM) permite a cualquier persona exigir, ante los órganos administrativos y, a través de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ante los Tribunales, el cumplimiento de lo establecido en la LUM y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y ejecución. Pero en cualquier caso, quien ejerce la acción ante los tribunales es siempre la CNMC.

No es un caso único o totalmente excepcional, pues cabe localizar algún otro supuesto (dejando al margen ahora el papel del Ministerio Fiscal) en el que un órgano administrativo recibe legitimación por Ley para accionar ante los tribunales en defensa de intereses generales. Baste recordar lo previsto en la RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que habilita al Instituto Nacional de Consumo (hoy Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición¹⁸) para el ejercicio de acciones de cesación en materia de cláusulas abusivas, pero también frente al resto de conductas de empresarios contrarias a la presente norma que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios.

Importa precisar la posición procesal de quienes, afectados o no (titulares de derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, o simples ejercientes de la

¹⁸ RD 19/2014 del 17 de enero, por el que se refunden el Instituto Nacional de Consumo y la Agencia Española de Seguridad y Nutrición.

llamada “acción popular” ante la CNMC) pretendan personarse en el procedimiento especial. A tal efecto, el art. 127 ter 7 indica que *durante la tramitación del procedimiento, podrá solicitar su intervención, como parte recurrente, cualquier operador económico que tuviere interés directo en la anulación del acto, actuación o disposición impugnada y no la hubiera recurrido de forma independiente.*

El precepto se refiere, quizá, sólo a quien **este legitimado conforme a la regla común (derecho o interés legítimo afectado)** aunque al reintroducir la expresión reintroducir el **“interés directo” pudiera entenderse de forma más restrictiva.**

La presencia en éste contencioso de los titulares de derecho o intereses se realiza en términos de “parte recurrente”, aunque posteriormente se le designe **como “interviniente”**. Lo único claro es que se *ha tratado de huir de la posición procesal de “coadyuvante” de cierta tradición en la pasada ordenación de la jurisdicción contencioso-administrativa.*

De ahí que se cuide el Legislador de señalar que el interviniente **será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas o las que el propio interviniente formule, así como utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales para su interés, aunque las consienta la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o las demás partes personadas, si tuviere oportunidad procesal** para ello (art. 127 ter 7 LJ).

El mayor condicionante de su posición como “recurrente”, es sustantivo y temporal. Sustantivo por que **no podrá formular escrito de interposición**, y temporal puesto que, *solicitada y admitida por Auto su participación como recurrente, no se retrotraerán las actuaciones* y la posibilidad de formular pretensiones diferentes de las

mantenidas por la CNMC, o de recurrir separadamente, quedan limitadas a que exista **“oportunidad procesal para ello”**¹⁹.

Es teóricamente posible que pueda incluso formular demanda, si, interpuesto el recurso por la CNMC, el operador titular de intereses o derecho afectado, solicita intervenir en el procedimiento y tal solicitud es estimada antes de que se haya consumido el plazo para formular demanda (dado que debe ser considerado recurrente a todos los efectos). Desde luego, con la misma limitación temporal, puede formular alegaciones adicionales si la demanda se formuló antes de ser recibido el expediente (art. 127 ter 2 in fine LJ)

¿*Quid iuris* si quien solicita participar como *interviniente* no está legitimado conforme a las reglas ordinarias?. No parece que pueda extenderse esta posibilidad más allá de lo expresamente previsto en la Disposición Adicional 5ª LUM, que establece: “se reconoce la legitimación de las *corporaciones, asociaciones y grupos de afectados para personarse en el procedimiento para la garantía de la unidad de mercado...*”. El resto de sujetos (incluso el resto de operadores) sólo pueden ejercitar el derecho de petición a la CNMC (ex art. 27 LUM) o la acción pública ante este mismo organismo, pero no ante los tribunales. Así resulta, aunque con poca claridad gramatical, de la citada Disposición Adicional. **No existe, por tanto acción pública en sentido estricto, y por tanto las reglas de legitimación para actuar como “interviniente” deben ser las comunes, más la regla singular, ya expresada, en favor de las corporaciones, asociaciones y grupo de afectados.** Es lo que resulta del art. 27-6 LUM ya citado.

¹⁹ Pero debe señalarse que el procedimiento está diseñado de manera que no haya vista ni conclusiones. Contestada la demanda y practicadas las pruebas solo procede en determinados casos una comparecencia para dictar sentencia de viva voz. La posible participación del interviniente puede ser mínima, más allá de su contribución a la prueba.

4. La limitación objetiva del ámbito de conocimiento. Descripción general de lo que se entiende por unidad de mercado y carácter objetivo de este recurso contencioso-administrativo.

Es patente que el procedimiento especial no es un contencioso pleno, objetivamente pleno, en el que pueda hacerse valer “cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico”. Por el contrario, la redacción actual, tanto de la LJ como de la propia LUM, limita no sólo la legitimación sino también el objeto del recurso.

La LGUM indica el ámbito en que se mueve la legitimación de la CNMC, que sólo existe cuando una actuación administrativa “**se considere contraria, en los términos previstos en esta Ley, a la libertad de establecimiento o de circulación procedente de cualquier autoridad competente,** (art. 27-1). La LJ insiste (art. 127 bis 1, con errata incluida en la redacción inicial): **Solo ante una conducta contraria a la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 19/2013 (rectius, “en la Ley 20/2013”) de Garantía de la Unidad de Mercado,** “podrá presentar el recurso contencioso-administrativo regulado en este Capítulo”. **La legitimación de la CNMC, y el objeto del recurso especial ha de fundarse en la infracción de algún precepto de la LUM.**

Para los operadores, es de aplicación plena, con los matices que se señalan a continuación, la regla (establecida únicamente a propósito de la reclamación ante el Consejo para la Unidad de Mercado) conforme a la cual *cuando existiesen motivos de impugnación distintos de la vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación, los operadores que hayan presentado la reclamación deberán hacerlos valer, de forma separada, a través de los recursos administrativos o jurisdiccionales que procedan frente a la disposición o actuación de que se trate.*

De hecho se contempla expresamente que el operador puede haber acudido al contencioso ordinario en defensa de la libertad de establecimiento o circulación, en cuyo caso (art. 127 ter 8 LJ) La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional **acordará la acumulación al promovido por la Comisión Nacional de los Mercados.**

Tal acumulación, entendemos, **sólo procederá (dado el reducido ámbito de conocimiento de la Audiencia Nacional en el contencioso especial) en la medida en que el operador haya hecho valer únicamente motivos de impugnación fundados en la LGUM y pretensiones puramente declarativas.**

El entendimiento del art. 127 ter LJ (*La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico que afecte a la libertad de establecimiento o de circulación, incluida la desviación de poder*) puede desvirtuar lo que nos parece una clara línea de demarcación de este procedimiento. Si las infracciones a la libertad de establecimiento y circulación pueden depurarse a través del procedimiento contencioso ordinario (en el cual, estimamos, **ningún inconveniente debe existir para utilizar como parte del ordenamiento la propia LGUM**) y en el procedimiento especial puede también invocarse cualquier infracción del ordenamiento jurídico no vemos la utilidad del mecanismo procesal (bastaría con reconocer legitimación a la CNMC en el contencioso administrativo ordinario, dentro de sus competencias).

La jurisprudencia aclarará el ámbito que corresponde al procedimiento especial, pero pueden avanzarse las siguientes pautas interpretativas: Por una parte, la infracción de lo previsto en la LUM puede ser depurado a través del procedimiento especial, *aunque la ilegalidad consista (motivo del recurso) en cualquier forma de infracción de las previstas en el ordenamiento jurídico.* Pero, en segundo lugar, **queda fuera del ámbito**

del recurso, la ilegalidad que no suponga vulneración de lo previsto en tal Ley, esto es, *que no afecte a derechos o intereses ajenos a los tutelados por la norma o a los principios y reglas con que la citada Ley quiere garantizar la efectividad del art. 139 C.E.*

Y ya queda dicho, además, que hay una parte de la Ley que la CNMC debe tutelar mediante el ejercicio de su legitimación para la defensa de la competencia (principios de intervención mínima) pero no a través del procedimiento ex ar. 27 LGUM, salvo que se apliquen de forma discriminatoria.

5. El procedimiento

Además de la omisión de la fase de conclusiones y vista, las más llamativas peculiaridades del procedimiento especial regulado en el art. 127 ter de la LJ, junto con su carácter preferente y la posibilidad de dictar sentencia de viva voz, radican, por una parte, en el régimen de la suspensión de la disposición o acto o actuación recurrida, que toma un carácter automático, sin exigencia de afianzamiento de los posibles perjuicios, desde la admisión del recurso (lo cual no exima a la CNMC de solicitarla en el escrito de interposición) sin perjuicio de que pasados tres meses, la administración recurrida pueda solicitar el levantamiento de la misma²⁰. El resto de medidas cautelares, se remiten a la normativa general.

Por otra parte, **se prevé la más peligrosa regla de la acumulación “necesaria” al procedimiento especial, de todo procedimiento contencioso que se esté tramitando ante el mismo u otro tribunal, cuando se haya iniciado por un operador económico frente a la misma disposición o actuación y se funde en la vulneración de la libertad**

²⁰ Mucho nos tememos que con este dispositivo se haya forzado un tanto el ordenamiento. Recuérdese que el art. 161-2 CE permite al Gobierno impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, produciendo, entonces sí, la suspensión de la disposición o resolución recurrida. **Ahora, ya no es el Gobierno sino la CNMC la que consigue similar efecto con relación a disposiciones, sin rango de ley, que pueden estar en el ámbito de competencias de las Comunidades Autónomas.**

de establecimiento o circulación (art. 127 ter -8). De esta forma, es el posible proceso ordinario el que debe ceder ante el carácter objetivo del procedimiento especial.

Y, de nuevo, debe mantenerse que **tal acumulación sólo procede por vulneración de la libertad de establecimiento o circulación, no por vulneración de cualquier aspecto de la LGUM**. Así, aquellos preceptos que antes hemos identificados como pertenecientes al eje normativo de “proporcionalidad y necesidad” de las medidas de intervención administrativa, quedarían al margen de la necesidad de acumulación. Tampoco procederá, creemos, la acumulación cuando además de la vulneración de la LGM se formule como motivo del recurso otros fundamentos jurídicos *ajenos* a esa ley.

Y, en tercer lugar, deben quedar al margen de la necesaria acumulación los recursos, aunque planteados frente a la misma disposición o acto, en los que el operador haya formulado **otras pretensiones distintas de la puramente declarativa**. De no hacerlo así, se afectaría al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en la defensa de derechos o interés particulares. Adviértase, otra vez, que **el carácter objetivo de este procedimiento especial**, obliga al operador, que muy legítimamente utilizó la posibilidad de ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva por la vía del recurso ordinario, *a debatir en un procedimiento cuya finalidad no parece ser la tutela de posiciones jurídicas subjetivas individuales, sino la eliminación de obstáculos a la libertad de establecimiento y libre circulación de bienes y mercancías*. Y obsérvese también que en el proceso especial su posición como “*interviniente*” puede no ser la de co-demandante.

6. La sentencia. La compleja relación procedimiento especial/procedimiento general.

La sentencia que estime el recurso (por cualquier infracción del ordenamiento jurídico que afecte a la libertad de establecimiento o de circulación) *implicará la*

corrección de la conducta infractora, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios, incluido el lucro cesante, que dicha conducta haya causado, remitiéndose la LJ al contenido genérico del art. 71 de la misma.

Ahora bien, este artículo separa los pronunciamientos posibles en **función de las pretensiones del recurrente**. Así, si se ha formulado una simple pretensión declarativa, la sentencia estimatoria “*declarara no ser conforme a derecho y anulará total o parcialmente la disposición, o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada*”.

Que el art. 127 ter- 6 sólo mencione en términos inespecíficos, *la corrección de la conducta impugnada* y a continuación mencione **sólo la posibilidad de indemnización, omitiendo toda referencia al párrafo del propio art. 71 que se refiere al supuesto de que “se hubiera pretendido el reconocimiento de una situación jurídica individualizada”** parece dar a entender, nuevamente, que en este procedimiento especial, tal pretensión o no es posible y el **reconocimiento de tal situación jurídica individualizada (y la adopción de “cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma”)** están fuera del alcance de la sentencia, o debe tal pronunciamiento de la sentencia entenderse dentro de la “corrección de la conducta infractora”.

Como, obviamente, son cosas diferentes la *simple corrección de una conducta*²¹ y el **restablecimiento (más allá de la indemnización de daños, también contemplada) de la situación jurídica individualizada**, parece más congruente con él, ya de por sí

²¹ Seguramente el precepto especial del art. 127 ter 6 de la LJ ha querido incluir en esa expresión (“corregirá la conducta”) la posible condena a una cierta medida de restablecimiento: La *emisión de un acto*, (pretensión de condena a un hacer) a la que se refiere el art. 71-1-C LJ. Téngase en cuenta este importante matiz en lo que sigue en el texto, porque quizá esta pretensión de condena sí entre, con naturalidad, en el campo del procedimiento especial.

extraño, diseño legal de este procedimiento especial, **afirmar nuevamente que nos encontramos ante un recurso que toma naturaleza objetiva, en el que se busca la depuración del ordenamiento jurídico y no la tutela de posiciones jurídicas singulares.**

Ciertamente, ello hace visible un límite implícito a la posibilidad de acumulación a este procedimiento de cualquier otro con igual fundamento y objeto (art. 127 ter- 8), posibilidad que sólo debe entrar en juego cuando en el procedimiento ordinario emprendido por un operador frente a la misma actuación y con fundamento exclusivo en la vulneración de la libertad de establecimiento o circulación, no se haya pretendido el restablecimiento de una situación jurídica individualizada.

No debe valer contra este argumento (más bien lo refuerza) la regulación actual de la **extensión de los efectos de la sentencia**, por cuanto, la nueva redacción del art. 110-1 añade ahora la materia de “*unidad de mercado*” al conjunto de campos en los que cabe la posibilidad de extender los efectos de una sentencia que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada.

Extraer de tal posibilidad la conclusión de que también en el procedimiento especial puede darse el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y cabe, por tanto, extender los efectos de la sentencia recaída en el mismo, parece arriesgado si se examinan los requisitos legales que el art. 11 impone a la extensión de efectos; **en particular, la exigencia de que el juez o tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada.**

Puesto que en el procedimiento especial de garantía de unidad de mercado, el tribunal sentenciador será, **por definición la Audiencia Nacional** (art 11-1 h LJ,

introducido precisamente, por la Disposición Final Primera 1 de la LUM), **tal requisito resultaría superfluo y redundante, si es que de verdad cabe la extensión de los efectos de la sentencia.**

Por tanto, parece más acorde con la interpretación sistemática de la redacción actual de la LJ **entender, como regla de principio, que la posibilidad de extensión de los efectos de la sentencia se refiere (salvo lo que se dirá infra), conforme al régimen común, sólo a los procedimientos ordinarios emprendidos por los operadores, y no al recurso interpuesto por la CNMC.**

Al menos *no al recurso especial interpuesto de oficio por la CNMC y no a solicitud de operadores que entiendan que se han vulnerado sus derechos o intereses legítimos.* Recuérdese, no obstante, que estos participaran (en su caso) en el procedimiento especial como parte *recurrente*, si tienen interés directo y no hubieran recurrido de forma independiente. En tal concepto podrán defender su pretensiones propias, si tuvieran oportunidad procesal para ello.

Por tanto, *si en el seno del procedimiento especial se solicitan por el interviniente-recurrente, medidas positivas para restablecer la posición jurídica afectada, y la sentencia, al estimar el recurso, las entiende admisibles, no parece que pueda negarse la extensión de efectos de tal sentencia, conforme al régimen común* a otros operadores.

No debe, en cualquier caso, olvidarse, que los operadores afectados disponen siempre de la posibilidad de iniciar el contencioso ordinario (arts. 27-5, 28-5 LUM) incluso fundándose en infracción de las reglas y principios de unidad de mercado contenidas en la propia LUM. Las pretensiones de restablecimiento de la posición jurídica individualizada, en el procedimiento ordinario, serán las comunes, y, en consecuencia, podrán ir más lejos que las dirigidas a la simple “*corrección de la*

actuación” y la indemnización que pueden formularse, previa personación como “interviniente-recurrente” en el procedimiento especial.

IV. CONCLUSIONES

La introducción de un procedimiento especial en materia de garantía de la unidad de mercado, cuya interposición queda reservada (de oficio o petición de interesados) a la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, puede alterar el carácter subjetivo tradicional de la jurisdicción contenciosa. La restricción de la participación de operadores afectados en el procedimiento especial, el diseño legal del contenido de la sentencia, y la problemática extensión de sus efectos cuando hubiere reconocido una posición jurídica individualizada, parecen apuntar a un recurso de **fuerte matiz objetivo** en el que no se discute sobre las pretensiones de las partes, sino sobre la **legalidad objetiva** de la actuación administrativa desde el punto de vista de la normativa de la unidad de mercado.

De hecho, el recurso procede no por vulneración de derechos o intereses conexos con la libertad de empresa, sino con relación a actuaciones que se consideren contrarias en los términos previstos en la Ley, a la libertad de establecimiento o de circulación. El hecho mismo de que no se haya confiado la defensa de los principios y las reglas positivas para la unidad de mercado a los interesados afectados por la actuación administrativa, y se haya otorgado legitimación a un supervisor, separa ya el procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado, de la matriz común del contencioso (“un pleito entre partes”), para acercarle a otras finalidades que también cumple la jurisdicción contenciosa (control de la legalidad y defensa del ámbito de autonomía de los Entes Territoriales), especialmente en el ámbito del contencioso-administrativo interadministrativo.

Y es que, en efecto, de eso se trata, de relaciones jurídicas interadministrativas judicializadas, sobre la base de un nuevo marco normativo estatal que pretende afectar al ejercicio normal de competencias de otras administraciones, es decir de garantizar la eficacia de la regulación estatal sobre las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de su derecho de la libertad de empresa.

La utilización que hasta el presente se ha hecho al recurso especial, presenta una absoluta confusión entre la legitimación de la CNMC como organismo de defensa de la competencia y como regulador de la unidad de mercado. Mientras en el primer aspecto tal supervisor dispone de legitimación a través de un proceso contencioso ordinario, en el segundo puede utilizar el procedimiento especial, de características muy peculiares, en cuanto a competencia, posición de las partes afectadas, alcance de la sentencia o suspensión de la eficacia de la actuación administrativa recurrida.

Tal confusión es fruto, en parte, de la falta de identificación, en el contenido material de la LGUNM de los preceptos que directamente atañen a la libertad de circulación y establecimiento y los que se refieren al régimen de acceso, pues mientras que estos últimos, caso de apartarse de lo previsto en la LGUM implican un obstáculo a la libre competencia, los segundos afectan inequívocamente a la unidad de mercado.

El hecho de que la propia sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional haya decidido, finalmente, plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre ciertos aspectos de la LGUM (en cuanto procesalmente supone, en el fondo un inequívoco pleito competencial objetivo) no augura un largo futuro al procedimiento especial que, quizá termine siendo subsumido por la legitimación genérica que corresponde al regulador al amparo de la protección de la competencia efectiva.

Queda, sin embargo, sin posible solución (salvo la todavía improbable reforma constitucional) el hecho de que nuestro sistema no contenga con claridad ni una legislación concurrente condicionada, al modo alemán, (a menos que se recurra, en el futuro, a la leyes de armonización) ni un vínculo comunitario expreso similar al italiano que permitiera aplicar a los intercambios sujetos a derecho interno, la totalidad de la jurisprudencia comunitaria en materia de mercado único.

Salamanca, 9 diciembre 2016