

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en la garantía y defensa de la unidad de mercado

Autor: David Otero López

Tesis doctoral UDC / 2021

Director/a: Dr. D. Francisco Javier Sanz Larruga y Dr. D. Juan José Pernas García

Tutor/a: Dr. D. Francisco Javier Sanz Larruga

Programa de doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

RESUMEN

El objetivo de la tesis es desarrollar un estudio de cómo la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia controla y supervisa la aplicación por parte de las Administraciones públicas de Principio de unidad de mercado tras la aprobación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Por ello, se estudiará cuáles son los mecanismos, procesos y procedimientos, tanto judiciales como administrativos para la garantía, protección y defensa de la unidad de mercado, examinando las funciones que la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia tiene atribuidas en esta materia.

RESUMO

O obxectivo da tese é desenvolver un estudo de como a Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia controla e supervisa a aplicación por parte das Administracións públicas de Principio de unidade de mercado tras a aprobación da Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado. Xa que logo, estudarase cales son os mecanismos, procesos e procedementos, tanto xudiciais como administrativos para a garantía, protección e defensa da unidade de mercado, examinando as funcións que a Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia ten atribuídas nesta materia

ABSTRACT

The objective of the thesis is to develop a study of how the National Commission of the Markets and the Competition controls and supervises the application by the public Administrations Principle of unit of market after the approval of the Act 20/2013, of 9 December, of guarantee of the market unity. Thus, it will study which are the mechanisms, processes and procedures, both judicial and administrative, for the guarantee, protection and defence of the market unity, examined the functions that the National Commission of the Market and of the Competition has attributed in this matter.

INTRODUCCIÓN

1. El derecho administrativo económico ha ido adquiriendo cada vez más importancia en nuestro ordenamiento y en nuestro sistema, evolución progresiva que se comparte con los países de nuestro entorno de nuestra tradición jurídica.

La rápida evolución económica y el progreso social que se le asocia, han hecho necesaria la intervención de los poderes públicos –en mayor o menos medida, según la ideología gobernante- con el fin de proteger el mercado y sus componentes, especialmente a los consumidores y usuarios.

De ello se ha ocupado primordialmente la doctrina y el estudio del Derecho privado, estableciendo y analizando las reglas tuitivas que pretenden evitar la competencia desleal entre operadores, normas a aplicar a los contratos, y principios de protección de la parte débil de las relaciones comerciales. Ello es necesario para impedir que el mercado, como ente abstracto que representa realmente a los operadores económicos, se haga tan fuerte que acabe rompiendo con su propio marco, llegando incluso a la tiranía de una sociedad corporativista, en su significación más corrompida.

Pero dejar la supervisión del cumplimiento de esas normas al propio mercado, no siempre es acertado. Por ello, los poderes públicos han creado no solo las normas, sino un entramado institucional y administrativo que vele por el correcto funcionamiento del mercado, o al menos por un funcionamiento más equitativo. Y ahí es donde entra el estudio del derecho administrativo económico, en el análisis y estudio de las normas que regulan el funcionamiento de la administración como supervisora del mercado y de sus operadores.

Dentro de ese marco normativo e institucional se aprueba la Ley 20/2013, de 9 de noviembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM). Una norma a mi juicio importante, no solo por su contenido y misión, sino por su significado metajurídica. Esta ley no se dirige a los operadores del mercado como grupo principal, sino a las administraciones públicas. Les impone una serie de principios que han de conservar y guardar en todas sus actuaciones sobre el mercado. Principios que limitan su actuación, y que en definitiva viene a reconocer que no solo el mercado puede excederse en su actuación y por eso ha de ser controlado y supervisado por la organización a la que los

ciudadanos libres e iguales hemos dado la comisión de velar por el interés general (art. 103.1 CE), la administración pública, sino que esta misma puede terminar acabando con el mismo mercado (con su competencia, estableciendo también una tiranía y un corporativismo estatal o público) cuando se excede en su cometido.

Esta tesis, este estudio, nace del interés personal y gusto especial por esta concreta materia del derecho, pero también por la importancia que creo que la norma tiene como punto que equilibrio entre el poder del mercado y el poder público. La administración se arbitra a sí misma, limitando su propio poder como garantía de un importante principio constitucional, el de unidad de mercado. Un principio que forma parte al mismo tiempo, del propio sistema económico que la Constitución española de 1978 ha establecido, siendo este el de la economía de mercado (art. 38 CE).

2. Para llevar a cabo esta investigación, se ha trabajado con la metodología propia y tradicional del estudio del derecho positivo. Para ello, y en primer lugar, se hace necesario identificar y delimitar objeto sobre el que versa la investigación, y este no otro que el estudio del desarrollo del Principio de unidad de mercado que hace la LGUM, así como los mecanismo y procedimiento administrativos y judiciales que esta crea para su garantía y protección. En estos, tiene un papel preponderante la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, como organismo público llamado al control de las Administraciones para el cumplimiento de esta Lee.

Se hizo necesario llevar a cabo una labor de indagación histórica, que nos posicionara en el tiempo y nos contextualizara esta norma y su importancia. Es imprescindible conocer como se ha progresado normativamente hasta la consecución de la unidad de mercado en España, así como a evolución y progreso que ha tenido la administración pública en su labor de supervisión del mercado, especialmente en los órganos comisionados para garantizar la competencia. Se ha estudiado y apuntado las normas más importantes que a lo largo de los últimos tres siglos han contribuido a la concesión y garanta de la unidad de mercado.

Hecho esto, se localizó la legislación y la normativa que debe tenerse en cuenta para la realización de la tesis, no sólo por su implicación directa con el objeto de estudio. Pero el análisis de las normas debe ir y ha ido acompañado del examen de la

jurisprudencia y las obras doctrinales oportunas, que nos ayudan a tener una visión más completa del problema jurídico al que nos enfrentamos. Sin embargo, y teniendo en cuenta el papel que la LGUM otorga a la CNMC, y con el fin de esclarecer más la norma y su aplicación, se han tenido en cuenta en el estudio, los informes que aquella ha ido emitiendo en el marco de los procedimientos especiales de garantía de la unidad de mercado.

Es por ello, que la metodología ha consistido, en un primer momento, el examen histórico del Principio de unidad de mercado y de las instituciones llamadas a su protección. Posteriormente, el análisis de las normas –especialmente de la LGUM-, que ha necesitado del apoyo en la doctrina, la jurisprudencia, otras resoluciones judiciales, y los informes emitidos por la CNMC cuando es solicitada su intervención en el marco de los procedimientos especiales de garantía de la unidad de mercado.

3. La tesis se compone de seis capítulos. Los dos primeros tratan de contextualizar el tema de la tesis, analizando en marco histórico, constitucional y administrativo en el que se ha aprobado y desarrollado la LGUM.

El capítulo I, titulado “La Unidad de Mercado en la Constitución” comienza con el breve estudio de la historia de la unidad de mercado desde la España del siglo XVIII hasta la aprobación de la Constitución de 1978. Posteriormente se centra en como esta norma superior del ordenamiento acoge el Principio de unidades de mercado, como se compone desde su base y como se configura en mismo, pasado al examen de los instrumentos que la propia *carta magna* establece para su garantía y protección. Termina, por último, con un necesario pero breve apunte a la influencia que las normas de la Unión Europea tienen sobre el desarrollo del Principio de unidad de mercado en nuestro sistema constitucional.

El capítulo II, “Naturaleza y funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”, se centra en la CNMC, administración llamada por la LGUM a jugar un significativo papel como garante de la unidad del mercado. Comienza relacionando la unidad de mercado con el principio de libre competencia, para llegar a la conclusión de que esta es la administración apropiada para el cometido mencionado, por razón de la materia y por ser esta una función pública. Continúa con un recorrido por la historia de

las autoridades que defienden la libre competencia, en el marco nacional y en el marco internacional. Lo siguiente es exponer las características de este tipo de autoridad o administración denominada “independiente”, y como esa independencia le otorga una posición favorable para el control del resto de administraciones públicas en sus actuaciones en el mercado. Finaliza con un análisis de la naturaleza y de las funciones de la CNMC.

El siguiente capítulo, el III, ya comienza con el estudio más profundo de la LGUM, como objeto materia del proceso especial de garantía de la unidad de mercado. Este proceso, preferente y especial, posee unas características especiales, que se advierten en el estudio de su objeto, tanto formal como material. Por ello, en “El papel de la CNMC en el procedimiento judicial de garantía de la Unidad de Mercado. El objeto material” se hace un análisis del desarrollo y configuración del Principio de unidad de mercado como objeto de protección por a CNMC, que si bien se centra en el proceso especial de garantía de la unidad de mercado, es igualmente extensible a los procedimientos administrativos dirigidos al mismo fin.

En “El papel de la CNMC en el procedimiento judicial de garantía de la Unidad de Mercado. El objeto formal del proceso”, título del capítulo IV, se ha tratado de dar el siguiente paso. Estudiar el objeto del proceso especial de garantía de la unidad de mercado –y por extensión de nuevo a los procedimientos administrativos con el mismo objeto-. Para ello se recoge lo que dice la norma sobre la actuación administrativa impugnada, y sus posibles problemas de fuero jurisdiccional, así como de las pretensiones que las partes pueden hacer valer en el proceso.

Visto el objeto procesal, en el capítulo V se estudia a “La Legitimación de la CNMC en el procedimiento especial de garantía de la Unidad de Mercado”. En un primer momento de forma genérica, exponiendo la legitimación activa de la CNMC como autoridad administrativa independiente, para pasar a un análisis de la legitimación activa de la CNMC en el proceso especial de garantía de la unidad de mercado. Eso ha requerido no solo de analizar su posición en el pleito, sino de los mecanismos internos de la CNMC por el que esta decide y toma parte en este proceso, iniciándolo. Finalmente, era preciso apuntar algunas ideas en cuanto a la legitimación pasiva, despejando ciertas incógnitas respecto del posible conflicto de intereses cuando la

legitimación pasiva corresponda a la Administración General del Estado como administración matriz de la CNMC.

El último capítulo, el VI, “La CNMC y los procedimientos administrativos de defensa de la Unidad de Mercado”, se dedica al estudio de la posición que ocupa la CNMC en los procedimientos administrativos que regula la LGUM, creados como primera barrera frente a las actuaciones administrativas que puedan ser contrarias a la unidad de mercado. Aquí las funciones de la CNMC son más modestas, pero se hace un análisis de su legitimación activa en relación con la naturaleza jurídica de los dos procedimientos administrativos expuestos. En estos, la función de la CNMC es sobre todo informadora y mediadora, sin un poder real de convulsión para cambiar el proceder administrativo contrario a la unidad de mercado.

Este capítulo se ha dejado para el final, siguiendo un orden de amplitud. El objeto del proceso judicial de garantía de unidad de mercado, que ocupa una parte importante de la tesis, es más amplio y abarcador que el objeto de los procedimientos administrativos de garantía y protección de la unidad de mercado, ofreciendo más puntos de análisis. De esta forma, analizado el objeto del proceso judicial de garantía de la unidad de mercado, no se hace necesario más que algunas matizaciones en este capítulo final. Por otra parte, se trata de procesos independientes, pues para el acceso al proceso judicial de garantía de la unidad de mercado, no es preciso haber acudido a los procedimientos administrativos especiales de la LGUM.

Finalmente, el papel preponderante de la CNMNC se da especialmente en el proceso judicial de garantía de la unidad de mercado, donde tiene una legitimación especial, siendo que en los mecanismos administrativos habilitados por la LGUM, su papel es más discreto, y es compartido con el resto de las administraciones. Por ello, es más razonable hacer primero el análisis del de la CNMC en el proceso judicial, para posteriormente hacerlo de los mecanismos administrativos de garantía y defensa de la unidad de mercado

4. Tras esta investigación, que tiene como resultado la tesis que ahora pueden leer, y cuyas conclusiones se pueden ver al final, se han realizado algunos hallazgos de

los que se pueden extraer propuestas para mejorar el sistema creado por la LGUM, facilitando su aplicación administrativa y judicial. Cito algunos.

Conviene exponer alguno. El primero de ellos, deviene de la ponderación que hace el Tribunal Constitucional entre el Principio de unidad de mercado y el Principio autonómico. Entre otras, la STC 87/1987, de 2 de junio, FJ 6º, expone que “nunca podrá considerarse «obstáculo» para la libre circulación de bienes en todo el territorio el efecto que se siga de la aplicación de una norma que resulta, por su objeto y por su contenido, de indiscutible competencia autonómica, llevando la argumentación contraria, más bien, a una inadmisibile constricción de las potestades autonómicas en aras de un entendimiento del principio de unidad del mercado que no se compadece con la forma compleja de nuestro Estado”. Como se verá en la tesis, afirmar eso puede suponer dejar sin control actuaciones administrativas que realmente si producen un efecto contrario a la unidad de mercado, pues no se trata solamente de que la competencia pertenezca a una u otra administración –siendo además que las competencias pueden no estar del todo bien delimitadas-, sino en cómo se ejercen. La propuesta no es tanto de un cambio jurisprudencial o constitucional sobre la materia. Sino más bien de propósito de la utilización de la Constitución a mayor plenitud, haciendo uso de todos los instrumentos que como veremos, tiene en su poder el Estado, entendido como poderes centrales, para hacer efectiva la unidad de mercado. Por ejemplo, mediante leyes de armonización o de liberalización. También estableciendo un marco común administrativo en cuanto a procedimientos en materia de autorización y control de actividades económicas mucho más abarcador o si se quiere específico o concreto, hasta donde lo permitan sus competencias.

También se ha dado la posibilidad de estudiar en esta tesis el fuero judicial que marca la LGUM a favor de la Audiencia Nacional en el proceso de garantía de la unidad de mercado, y las fricciones que esto ha producido cuando la actuación a impugnar está sometida al control de otros organismos judiciales, como es el caso de algunas actuaciones de la Administraciones General del Estado, controlables solo por el Tribunal Supremo. Cierto es que el mismo Tribunal Supremo salvo la situación en su sentencia 921/2018, de 4 de junio, en su FD 2º, al manifestar que la competencia de la Audiencia Nacional hay que entenderla “sin perjuicio de la competencia que corresponde a esta

Sala del Tribunal Supremo para el conocimiento de la impugnación de las disposiciones administrativas emanadas del Consejo de Ministros [...] también por medio del recuso en garantía de la unidad de mercado”, también lo es que convendría dejar es bien apuntado en la norma, con el fin de evitar posibles conflictos de competencia que priven al proceso de la preferencia y celeridad de la que se la quiere dotar. De la misma forma que ello ayudaría a que al propio Tribunal Supremo se le reconociera como tribunal también competente, para que este tipo de recursos los pueda tramitar igualmente, en su fuero, como preferentes.

5. Como colofón a esta introducción, es de obligación moral formular algunos agradecimientos. Y es que sin apoyo personal e institucional, esta tesis no habría visto la luz. En primer lugar, agradecer a la Universidad de A Coruña, y en especial a la Facultad de Derecho y el programa de Doctorado en Derecho administrativo iberoamericano, por aceptarme como alumno y darme los cauces materiales para poder desarrollar una investigación como esta. En este camino también he de agradecer el apoyo que me han brindado otras Universidades, por dame acceso a sus bibliotecas, como la Universidad de Vigo o la Universidad de Oviedo. Merecen especial agradecimiento el personal de la biblioteca de esta última, pues tras largas estancias en esa región, y aun sin ser alumno de postgrado de esta, medieron no solo todas las facilidades posibles, sino su ánimo personal en esta labor.

También de he agradecer la guía, consejos de quien ha Dirigido de esta tesis, que han procurado que el resultado sea de calidad, y espero no haber fallado en esta misión.

Por último, y por ser breve, agradecer a la familia que me ha visto alegrarme y sufrir en esta ardua labor, y que han aguantado conmigo. También amigos, algunos que me acompañan como investigadores, y otros que no, pero que no han dudado en estar ahí para darme fuerzas.

ÍNDICE

CAPÍTULO I. La unidad de mercado en la Constitución

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. CONSTRUCCIÓN Y CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DE LA UNIDAD DE MERCADO EN ESPAÑA**
 - 2.1 S. XVIII y la llegada de los Borbones**
 - 2.2 S. XIX y el Liberalismo español**
 - 2.3 Unidad de mercado y unidad legislativa**
 - 2.4 Unidad de mercado en el intento federal de 1873 y en la descentralización política de la Segunda República**
 - 2.5 Unidad de mercado en el periodo franquista y en la transición democrática**
- 3. LA CONFIGURACIÓN DE LA UNIDAD DE MERCADO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978**
 - 3.1 Base constitucional de la unidad de mercado**
 - 3.2 Derechos y Libertades**
 - 3.2.1 Libertad de circulación y de establecimiento
 - a) Autoridades*
 - b) Ciudadanos y operadores económicos*
 - 3.2.2 Libertad de empresa
 - 3.2.3 Igualdad de las condiciones básicas en el ejercicio de la actividad económica
 - 3.3 Instrumentos constitucionales para la garantía de la unidad de mercado**
 - 3.3.1 Unidad, no uniformidad
 - a) Límites competenciales*
 - b) Límites materiales*
 - 3.3.2 Competencia estatal
 - a) Legislación mercantil*

- b) *Art. 149.1.1º CE y la competencia del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales.*
- c) *Dirección, Planificación y Ordenación económica*
- d) *Hacienda general y sistema tributario*
- e) *Comercio interior*
- f) *Competencias de armonización y coacción estatal o competencias de control*

3.3.3 Principio de colaboración entre administraciones

3.3.4 Principio de proporcionalidad y de necesidad

CAPÍTULO II. Naturaleza y funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

1. INTRODUCCIÓN

1.1 La relación entre el Principio de libre competencia y el Principio de unidad de mercado

1.2 La defensa de la competencia como función pública

1.3 La constitucionalidad de las Administraciones independientes

2. LOS ORIGENES DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

3. CARACTERÍSTICAS DE LAS ADMINISTRACIONES O AUTORIDADES INDEPENDIENTES

3.1 Independencia y autonomía

a) Régimen jurídico

b) Nombramientos e independencia orgánica

c) Régimen de recursos administrativos frente a sus actuaciones

d) Relaciones entre el Gobierno y las AAI

e) Garantías financieras

f) Creación y disolución por Ley o norma con rango de Ley.

g) Personalidad jurídica propia

- 3.2 Funciones públicas en régimen de Derecho Público**
 - a) Función Regulatoria
 - b) Función Supervisora
 - c) Carácter externo de las funciones de regulación y supervisión
- 4. ORIGEN E HISTORIA DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN ESPAÑA**
 - 4.1 La creación del Tribunal de Defensa de la Competencia**
 - 4.2 EL sistema de defensa de la competencia bajo la LRPR**
 - a) El Servicio de Defensa de la Competencia
 - b) El Tribunal de Defensa de la Competencia
 - c) El Consejo de Defensa de la Competencia
 - d) La defensa de la Competencia frente a actuaciones de la Administración
 - 4.3 El TDC tras la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia**
 - 4.4 La independencia del Tribunal de Defensa de la Competencia**
 - 4.5 La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y la Comisión Nacional de Competencia**
- 5. LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA**
 - 5.1 La naturaleza jurídica de la CNMC**
 - a) Independencia y autonomía
 - b) Personalidad jurídica propia
 - c) Naturaleza de autoridad independiente derivada de las normas de la Unión Europea
 - 5.2 Las funciones de la CNMC**

CAPÍTULO III. El papel de la CNMC en el procedimiento judicial de garantía de la Unidad de Mercado. *El objeto material*

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. LA CONFIGURACIÓN DE LA UNIDAD DE MERCADO EN LA LGUM**
 - 2.1 Principio de no discriminación**
 - 2.2 Principio de cooperación**

2.2.1 Objetivos de la cooperación

- a) *Garantizar una aplicación uniforme de la ley*
- b) *Garantizar la adecuada supervisión de los operadores económicos*

2.2.2 Modelo de cooperación

- a) *Consejo para la Unidad de Mercado*
- b) *Conferencias Sectoriales*
- c) *Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos*
- d) *Intercambio de Información*
 - d.1) *Intercambio de información en la elaboración de proyectos normativos*
 - d.2) *Intercambio de Información obrante en los registros sectoriales para la supervisión y el control por las Autoridades Competentes*
 - d.3) *Intercambio de Información en el ejercicio de funciones de supervisión y solicitud de asistencia*
 - d.4) *Intercambio de Información por razones imperiosas de interés general*

2.2.3 Reflexión final ¿Principio instrumental o material de la unidad de mercado? Consecuencias de su definición y regulación

2.3 Principio de confianza mutua

2.4 Principio de necesidad

2.5 Principio de proporcionalidad

2.6 Principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional

- a) Libertades de iniciativa económica y de ejercicio de la actividad
- b) Eficacia nacional de las actuaciones administrativas
- c) Prohibiciones específicas derivadas de la aplicación de la aprobación y aplicación del Principio de eficacia nacional
- d) Exclusiones del Principio de Eficacia nacional
- e) Constitucionalidad del Principio de Eficacia nacional
 - *Principio de territorialidad de la actuación administrativa*
 - *Igualdad y discriminación*

2.7 Principio de simplificación de cargas

2.8 Principio de transparencia

CAPÍTULO IV. El papel de la CNMC en el procedimiento judicial de garantía de la Unidad de Mercado. *El objeto formal del proceso*

1. INTRODUCCIÓN.

1.1 Función del proceso judicial

1.2 Legitimación del proceso

1.3 Sistema de justicia administrativa en el procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado

2. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IMPUGNABLE U OBJETO FORMAL

2.1 Disposiciones

2.2 Actos administrativos

2.3 Inactividad

a) *Inactividad formal.*

b) *Inactividad material.*

2.4 **Actuaciones materiales que constituyen una vía de hecho.**

a) *Intimación a la Administración actuante*

b) *Interdicto frente a la administración en el orden jurisdiccional civil*

2.5 **Término genérico “actuaciones”. ¿Qué engloba?**

a) *Contratos públicos*

b) *Las resoluciones finalizadoras del procedimiento que no son un acto administrativo*

c) *Vía de hecho omisiva*

d) *Actuaciones de la Administración no sometidos a Derecho Administrativo*

3. PRETENSIONES DE LAS PARTES

3.1 Pretensiones de anulación

3.2 Pretensiones de condena

a) *Recurso frente la inactividad*

- b) *Recurso frente la vía de hecho omisiva*
- c) *Recurso contra las actuaciones materiales que constituyen una vía de hecho*
- d) *Pretensiones de reconocimiento de una situación jurídica individualizada*

CAPÍTULO V. La legitimación de la CNMC en el procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado

1. INTRODUCCIÓN

1.1 ¿Qué es la legitimación procesal?

- a) Legitimación. Legitimación *ad processum* y legitimación *ad causam*
- b) Legitimación directa y legitimación indirecta

1.2 Aproximación inicial de la legitimación de la CNMC en el proceso especial de garantía de la unidad de mercado

2. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

2.1 Legitimación de la CNMC como Autoridad Administrativa Independiente

2.2 Órgano de decisión dentro de la CNMC

2.3 Proceso de toma de decisión por la CNMC

- a) Contenido de su propia regulación
- b) Dicotomía entre procedimiento de oficio y a instancias del interesado.
- c) Carácter supletorio de la LPAC
- d) Argumentos que aducen que la decisión de la CNMC no es recurrible en la jurisdicción contenciosa administrativa
- e) La posición del autor sobre la posibilidad de recurrir la decisión de la CNMC ante la jurisdicción contenciosa – administrativa.

2.4 Validez y eficacia de acuerdo y su resolución

- a) Aspectos formales
- b) Aspectos materiales

3. LA LEGITIMACION ACTIVA DE LA DE LA CNMC EN EL PROCESO DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

3.1 Legitimación ¿exclusiva?

3.2 El Derecho de personación de otros sujetos.

- a) Los operadores que tengan “interés directo”
- b) Las organizaciones de representación colectiva de los operadores económicos
- c) El tercero procedente de un proceso independiente
- d) Calidad de la personación o de la naturaleza procesal del tercero interviniente

3.3 La legitimación en los recursos jurisdiccionales ordinarios y para solicitar la ejecución de sentencia

3.4 Legitimación para recursos extraordinarios. Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional

4. LA LEGITIMACIÓN PASIVA

4.1 La Administración General del Estado como administración matriz y la aplicación de la excepción legitimadora del art. 20 LJCA

4.2 Las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración local

4.3 Otros codemandados

- a) Órganos constitucionales que lleven a cabo actuaciones materialmente administrativas
- b) Aseguradoras de las Administraciones Públicas
- c) Terceros afectados por la estimación de las pretensiones del demandante

CAPÍTULO VI. La CNMC y los procedimientos administrativos de defensa de la unidad de mercado

1. INTRODUCCIÓN

2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO DEL ART. 26 LGUM

2.1. Estructura del procedimiento

2.1.1. Inicio y legitimación

- a) Inicio
- b) Legitimación

2.1.2 Objeto

- a) Las Disposiciones de carácter general
- b) Exclusiones

2.1.3 Tramitación y resolución

2.2. Naturaleza jurídica

2.2.1 Apreciaciones conceptuales y terminológicas

2.2.2 Discusión y confusión sobre la naturaleza jurídica de la reclamación del art. 26 LGUM

2.2.3 Procedimiento especial

- a) Requisito formal
- b) Requisito material

2.2.4 Procedimiento administrativo especial de impugnación

3. LA CNMC EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DEL ART. 26 LGUM

3.1. Punto de contacto y solución de diferencias

- a) Interlocución administrativa
- b) Función consultiva

3.2. Aspectos procedimentales sobre el informe de la CNMC en el marco de procedimiento del art. 26 LGUM

3.2.1 Determinación orgánica en la elaboración del informe

- a) Órgano de redacción
- b) Órgano de aprobación

3.2.2 Contenido del informe

3.3. Legitimación activa para la presentación de la reclamación iniciadora del procedimiento

4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ADICIONAL DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO DEL ART. 28 LGUM

4.1 Comunicación de obstáculos a la unidad de mercado previstos en los puntos 1 a 3 del art. 28 LGUM

4.1.1 Cuestiones procedimentales

4.1.2 Legitimación y naturaleza jurídica

4.1.4 La CNMC en el procedimiento del art. 28 LGUM

4.2 El informe en el sistema de cooperación con las Conferencias Sectoriales y dentro del sistema organizativo y funcional del Consejo para la Unidad de Mercado (art. 28.4 LGUM)

4.3 Informe dentro de proceso especial contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado (art. 28.5 LGUM)

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

ABREVIATURAS

AAI	Autoridad Administrativa Independiente
AN	Audiencia Nacional
ANC	Autoridad Nacional de Competencia
BOE	Boletín Oficial de Estado
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española de 1978
CEPC	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CNC	Comisión Nacional de Competencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DS	Directiva de Servicios - Directiva 2006/123/CE de Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.
EA	Estatuto de Autonomía
EBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
EELL	Entes Locales
EEUU	Estados Unidos
EOCNMC	Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC
ETDC 03	Real decreto 864/2003, de 4 de julio, por el que se aprueba el estatuto del tribunal de defensa de la competencia
FD	Fundamento de Derecho
FFDD	Fundamentos de Derecho
FFJJ	Fundamentos Jurídicos
FJ	Fundamento Jurídico
FTC	<i>Federal Trade Commission</i> – Estados Unidos

IPN	Informe a Proyecto Normativo
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local
LCNMC	Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014
LDC /LDC 07	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
LDC 89	Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia
LEF	Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa
LES	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
LGUM	Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LJCA 56	Ley de 27 de diciembre de 1956 reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa
LLAASE	Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio
LOAPA	Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LOFCA	Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LORDP	Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición

LOTC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
LTAIPBG	Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LRJAP-PAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
LRPRC	Ley 110/1963, de 20 de julio, de restricción de prácticas restrictivas de la Competencia
RA	Recurso Apelación
RC	Recurso de Casación
RC-A	Recurso Contencioso - Administrativo
RO	Recurso Ordinario
RTDC	Decreto 538/1965, de 4 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SDC	Servicio de Defensa de la Competencia
SSAN	Sentencias de la Audiencia Nacional
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTJUE	Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia

TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLRHL	Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Reguladora de a Haciendas Locales.
TRLSCP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

CAPÍTULO I

LA UNIDAD DE MERCADO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

1. INTRODUCCIÓN

La instauración de un Estado descentralizado tras la entrada en vigor de la vigente Constitución española de 1978, y la aprobación de los Estatutos de Autonomía en los años sucesivos, hicieron de España un país fuertemente descentralizado a nivel político y administrativo. Las Comunidades Autónomas pasaron a poseer competencias legislativas y administrativas en ámbitos que influyen en la economía de todo el Estado y en la ordenación del comercio. A ello hay que sumar las competencias de los entes locales, que también gozan de cierta autonomía. Por ello, la propia Constitución, con el objetivo de evitar que el ejercicio de las competencias de los nuevos entes autonómicos y de los entes locales introdujera disfunciones en el mercado y en la economía general, establece una serie de preceptos que, en su conjunto, configuran el denominado Principio de unidad de mercado¹.

Queriendo desarrollar y hacer plenamente efectiva la unidad de mercado, se aprobó por la Cortes Generales la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la Unidad de Mercado (LGUM)², en los que la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia

¹ El Principio de unidad de mercado no viene formulado explícitamente por el texto constitucional, pero se desprende de su articulado. El Principio de unidad de mercado sí ha sido reconocido como tal por el Tribunal Constitucional, como tendremos oportunidad de ver *infra*. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ TOMÁS-R., *Curso de Derecho Administrativo, Vol. I*, Ed. ARANZADI, Pamplona (Navarra), 2013, págs. 368 a 372.

Por su parte, el legislador sí parece identificar el Principio de unidad de mercado con un solo artículo de la Constitución, a saber, el art. 139. Así, en el Preámbulo de la LGUM, se dice que el “Principio de unidad de mercado tiene su reflejo en el artículo 139 de la Constitución [...]” (Apartado I, párr. 1)

² La mayor parte de su articulado entró en vigor al día siguiente de su publicación. En el resto lo hizo a los tres meses, por la necesaria adecuación de las Administraciones Públicas a las nuevas exigencias y procedimientos que impone la Ley (D.F 7ª). Es el caso, entre otros, del procedimiento administrativo en

(CNMC) tiene un papel preponderante, el cual es el objeto de esta tesis. En ella, como iremos viendo, se establecen diversos mecanismos de protección y garantía de la unidad de mercado. A través de estos, se juzga la actuación de las Administraciones Públicas bajo el prisma de la Libertad de establecimiento y de la Libertad de circulación de bienes y servicios, “en los términos previstos” en la LGUM.

Con el fin de determinar claramente el objeto de actuación de la CNMC cuando actúe en defensa y garantía de la unidad de mercado, precisamos conocer primeramente cual es la configuración constitucional del Principio de unidad de mercado que la LGUM pretende desarrollar.

Pero antes, conviene que hagamos un breve recorrido histórico sobre la unidad de mercado en España, que nos permita tener una mejor comprensión de la evolución que esta ha ido adquiriendo en nuestro sistema.

2. CONSTRUCCIÓN Y CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DE LA UNIDAD DE MERCADO EN ESPAÑA

Si bien esta no es una tesis de carácter historicista, si me parece oportuno apuntar, de forma bastante concisa, a la historia como uno de los fundamentos y una de las bases de la unidad de mercado en el actual territorio nacional³. Hechos históricos que, de una

defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes ante la Secretaría del Consejo de la Unidad de Mercado (art. 26 LGUM).

³ No todos los autores están de acuerdo en buscar en la historia el fundamento o base de la unidad de mercado. Así, ALBERTI ROVIRA, E., *Autonomía Política y Unidad Económica*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 177 y ss., llega a decir que “no puede reconocerse la existencia de un principio de unidad (económica, en cuanto es esta la que aquí interesa) previo a la constitución, pues nada podrá decirse sobre su contenido concreto, sobre la medida en que se prescribe tal unidad. En un Estado compuesto, la medida, y de cierto modo también el fundamento de la unidad económica debe buscarse en la Constitución, como acto fundacional de tal Estado”. Si bien es cierto que nuestro texto constitucional debe servir de fundamento jurídico y concreción del principio de unidad de mercado en la actualidad, no deja de ser también cierto, que las Constituciones son fruto de la realidad de un país, realidad marcada necesariamente por su historia. Y la española no es ajena a esta manifestación. Es por ello que, desde mi punto de vista, y sin perjuicio de lo antedicho, la historia del Derecho tiene algo que decir, como fundamento –al menos histórico- de la unidad de mercado.

forma u otra, deben ser contemplados por aquellas constituciones -y en el resto del ordenamiento jurídico- que quieran tener alguna solución de continuidad. Las constituciones, y la de nuestro país no es una excepción, contemplan la realidad del territorio sobre el que proyecta sus normas. Pero también beben de la fuente de la historia de ese mismo territorio y del pueblo que lo habita. De lo contrario, difícilmente sería aceptada y cumplida por los ciudadanos e instituciones a quienes va dirigida. Sin embargo, solo pretendo dar unas notas o pinceladas sobre los hechos más relevantes en la construcción de la unidad de mercado en España, sin el interés de ser demasiado exhaustivo, pues ello nos apartaría del objeto del presente estudio.

2.1 Siglo XVIII y la llegada de los Borbones

No es sino hasta el S. XVIII donde podemos encontrar los primeros textos normativos que intentan conformar un mercado único en España⁴, apuntar, en definitiva, la unidad del mercado nacional⁵. Esta unidad de mercado se basaba fundamentalmente en la supresión de aduanas interiores, que en la economía de la época eran las que, sobre todo, limitaban la libertad de circulación de las mercancías, y en la creación de un espacio jurídico único e igual en todo el Reino. Destacan especialmente algunos de los Reales Decretos y Reales Instrucciones del Rey Felipe V. Por ejemplo, en el Real Decreto de 19 de junio de 1707 y en el Real Decreto de 19 de julio de 1707, expresa el monarca su intención de uniformar jurídicamente el Reino, el cual pasaría por completo a regirse por las normas de Castilla⁶.

⁴ Vid. CALONGE VELÁZQUEZ, A., *Autonomía Política y Unidad de Mercado en la Constitución española de 1978*, Ed. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid y Caja de Ahorros y M.P de Salamanca, Valladolid, 1988, págs. 121 a 127.

⁵ El esfuerzo por la consecución de la unidad de mercado a lo largo de los siglos, va de la mano y de forma inseparable, al igual que ratifica la Constitución vigente, de la propia unidad territorial de España. Muchas de las normas que dan lugar a la unidad de mercado, son de hecho, normas que persiguen la uniformidad jurídica y legislativa del Reino en términos generales y consolidar la propia unidad política de la nación.

⁶ En palabras del Rey Felipe V en los Reales Decretos mencionados: “[...] mi deseo de reducir todos mis Reynos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y Tribunales, gobernándose igualmente todos por las leyes de Catilla [...]” (sic).

En ese mismo siglo se suprimen el resto de las aduanas interiores por una Real Instrucción de 31 de agosto de 1717, intentando así que las mercancías circulen libremente por la España peninsular⁷. Estas mismas aduanas se mantienen en las fronteras exteriores y en los puertos del litoral, lo cual excluye, por término, todo el territorio español que no se encuentre en la península ibérica. Esta medida fue fuertemente contestada desde las Vascongadas y Navarra, y en alguna medida desde Cataluña, de tal forma que solo pudo estar en vigor hasta 1722, cuando se reinstauran las aduanas interiores e incluso se crean unas nuevas, mediante Real Instrucción de 16 de diciembre de 1722. No solo eso, sino que en 1742, por Real Cédula de 8 de agosto, se levantan de nuevo las aduanas entre Castilla y Cataluña, añadiendo la de Valencia⁸.

Sin embargo, lejos de abandonar la idea de unificar el mercado en el territorio nacional, el Rey Fernando VI, declara la libertad de circulación de las mercancías nacionales - excepto de lanas y sedas- por Real Orden de 26 de julio de 1757, si bien esta libertad no llegó a ser tal, pues la situación de *facto* no fue modificada en nada respecto a lo anteriormente expuesto⁹.

⁷ TORNOS MAS, J., "Comercio Interior", en *Derecho Administrativo Económico, Tomo II*, Ed. La Ley, Madrid, 1991, págs. 562 y ss., quien, a propósito, hace un repaso del comercio interior en su evolución histórica desde el S. XVIII. Y sobre esta misma evolución, respecto de la libertad de comercio y de industria, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho Administrativo Económico. Tomo I*. Ed. La Ley, Madrid, 1988, págs. 125 a 149.

⁸ Algunas de las razones del fracaso de estas medidas, radican, según lo expone TENA PIAZUELO, por un lado, en el poco, casi nulo, comercio interior entre regiones que en aquel momento existían. De tal manera que prácticamente era inexistente el tráfico mercantil entre regiones, sino tan solo "zonas de intercambio" locales, a excepción de una única red comercial organizada para abastecer a Madrid. Por otro lado, el complejo sistema fiscal, que dificulta el comercio gravando tanto el simple tráfico de productos como el consumo de determinado bienes, a lo que se suma una variada lista de figuras focalizadas en algunos territorios, como las rentas generales, rentas estancadas, necesidad de guías para circular, rentas provinciales como la alcabala o el servicio de millones; Cfr. TENA PIAZUELO, V., *La Unidad de Mercado en el Estado Autonomico*, Ed. Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, pág. 64.

⁹ Cfr. TENA PIAZUELO, V., *La Unidad de Mercado...*, op. cit. pág. 65.

2.2 Siglo XIX y Liberalismo español

No será ya hasta el S. XIX, cuando vuelva con fuerza esta idea unificadora. Será esta vez a través de los textos constitucionales especialmente, donde se conformará la unidad de mercado¹⁰. El primer texto -de naturaleza discutida¹¹- es el Estatuto de Bayona de 1808. Su art. 116 es el que de forma clara y tajante suprimía todas las aduanas interiores, esta vez en España e Indias¹². La supresión de aduanas interiores que el Estatuto de Bayona impone, es de nuevo un paso en la dirección de la construcción de la unidad de mercado en España. Aun así, esta norma tuvo muy poca virtualidad práctica, debido a su origen francés, a la situación de la Guerra de Independencia y al

¹⁰ Para los textos constitucionales me he valido del trabajo de VALRELA SUANZES-CARPEGNA, J., *Constituciones y Leyes Fundamentales. Tomo I*, Ed. Iustel, Madrid, 2012.

¹¹ Sin intención de debatir sobre la cuestión apuntaremos las posiciones principales en la doctrina respecto a la naturaleza jurídica del Estatuto de Bayona. Por una parte, hay autores que consideran, cada uno con sus matices, que el Estatuto de Bayona no tiene naturaleza constitucional, sino solamente de Carta Otorgada. Entre ellos, SOLÉ TURA, J. y AJA FERNÁNDEZ, E., *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1990, págs. 9 a 13. TORRES DEL MORAL, A., *Constitucionalismo Histórico español*, Átomo Ediciones, Madrid, 1986, 28 a 33; VERA SANTOS, J.M., “Con perdón: algunos argumentos “políticamente incorrectos” que explican la bondad del estudio del primer texto constitucional de España (o de la naturaleza jurídica, contenido e influencia napoleónica en el Estatuto de Bayona)” en *Estudios sobre la Constitución de Bayona* (Dir. ÁVAREZ CONDE, E. y VERA SANTOS, J.M), Ed. La Ley, Madrid, 2008, págs. 393 a 420, o ESCUDERO LÓPEZ, J. A., *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*, Ed. Autor-editor, Madrid, 2012, págs. 858 y 859. A favor de considerarla como Constitución, FERNÁNDEZ SARASOLA, I., “La Primera Constitución española: el Estatuto de Bayona”, *Revista de Derecho Universidad del Norte* (Barranquilla – Colombia), núm. 26/2006, págs. 89 a 109, o CORONAS GONZÁLEZ S. M., *Manual de Historia del Derecho Español*, Ed. Trirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 449 a 451. Otra postura intermedia es expuesta por SOSPEDRA MARTÍNEZ, M., “El Estatuto de Bayona: originalidad e imitación en la primera Constitución española”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 58/59, págs. 95-131, que niega la naturaleza del texto de 1808 como Carta Otorgada, sino un texto constitucional de naturaleza original.

¹² El art. 116 del Estatuto de Bayona establecía que: “Las aduanas de partido a partido y de provincia a provincia quedan suprimidas en España e Indias. Se trasladarán a las fronteras de tierra y mar”.

hecho de que su entrada en vigor se debía hacer de forma gradual¹³, por medio de Decretos y Edictos reales que, por las razones ya mencionadas y por el breve reinado de D. José Bonaparte, no llegaron a aprobarse¹⁴.

Su poca o nula aplicación no impidió que los constituyentes liberales de las Cortes de Cádiz mantuvieran la idea de la unidad de mercado en España, sostenida de nuevo sobre la eliminación de las aduanas interiores como obstáculo a la libertad de circulación de mercaderías y, ahora más profundamente, sobre la idea de la unidad legislativa.

Así, se aprobó el Decreto de 6 de agosto de 1811 –sustentado por Ley aclaratoria de 3 de mayo 1823, posteriormente complementada por Ley de 26 de agosto de 1837 sobre la abolición del régimen señorial–, que eliminaba el sistema señorial convirtiendo los señoríos en simple propiedad privada¹⁵. Este sistema suponía mantener una fuerte desigualdad jurídica y material entre españoles y el ejercicio de funciones estatales en manos privadas, lo cual era incompatible con el principio de soberanía nacional y de unidad de la Nación que preconizaban la igualdad de los españoles. En consecuencia, se suprime la fiscalidad señorial o jurisdiccional, eliminando impuestos como los peajes y los derechos del señorío sobre elementos como los molinos. Incluso la fiscalidad de las regalías debía cesar. La jurisdicción pasaba a manos exclusivas del Estado, así como la fiscalidad, siendo, por tanto, únicos para todo el territorio¹⁶.

¹³ Sobre la vigencia del Estatuto o Constitución de Bayona de 1808, Vid. VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., *Política y Constitución en España (1808 – 1978)*, Ed. CEPC, Madrid, 2007, pág. 190. No obstante, el autor reconoce que el Estatuto de Bayona sí tuvo importancia como germen del constitucionalismo español. Sobre este hecho, y sobre el conocimiento del Estatuto de Bayona por la población de principios del S. XIX, Vid. CLAUDE MORANGE, “A propos de «l’inexistence» de la Constitution de Bayonn”, *Revista Historia Constitucional*, núm. 10/2009, págs. 1 a 40.

¹⁴ El art. CXLIII (143) del Estatuto de Bayona expresa lo siguientes: “La presente Constitución se ejecutará sucesiva y gradualmente por decretos ó edictos Rei; de manera que el todo de sus disposiciones se halle puesto en execucion antes del 1º de enero de 1813” (sic).

¹⁵ Sobre esta supresión, ESCUDERO LÓPEZ, J. A., *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*, Ed. Autor-editor, Madrid, 2012.

¹⁶ Vid. LÓPEZ CASTELLANO, F., “Las Cortes de Cádiz y la implantación del buen orden económico (1810-1814)”. *Revista Historia Constitucional*, núm. 13, 2012, págs. 234 a 239

Poco después, también se plasmó en la Constitución de 1812, concretamente en el art. 354, y con el mismo contenido que en el Estatuto, la eliminación por completo las aduanas interiores, dejando solamente las de los puertos de mar y las de las fronteras. No obstante, se posponía de nuevo la efectividad de tal prescripción hasta que una ley de Cortes lo determinara¹⁷.

Añadiremos además, que el propio texto constitucional tuvo una vigencia entrecortada en el tiempo. Esta fue desde 1812 hasta 1814, desde 1820 hasta 1823, y un breve periodo entre los años 1836 y 1837¹⁸. Sin embargo, si se intentó la puesta en marcha la disposición del art. 354 de la Constitución de 1812 en su primer periodo de vigencia (1812-1814), con la aprobación del Decreto CCLIX, de 8 de junio de 1813, sobre varias medidas para el fomento de la agricultura y la ganadería, que eliminaba las barreras arancelarias y físicas como las aduanas interiores (apartado IX). También en el segundo periodo de vigencia del texto constitucional, en el llamado Trienio Liberal, en el que destaca la aprobación del Decreto de 18 de diciembre de 1821 que, de nuevo, suprimía las aduanas interiores y se establecía directamente la libertad de circulación de los “frutos y géneros nacionales”. No obstante, este Decreto es posteriormente anulado por el monarca (ver nota a pie 18).

¹⁷ EL art. 354 de la Constitución Política de la Monarquía Española 1812 decía: “No habrá aduanas sino en los puertos de mar y en las fronteras; bien que esta disposición no tendrá efecto hasta que las Cortes lo determinen” (sic). A lo dicho, hay que añadir la lectura del art. 131. 17º de la Constitución de 1812, que faculta a las Cortes para establecer aduanas y aranceles de derecho, por lo que esa eliminación bien podía ser parcial y no definitiva.

¹⁸ En 1814, el Rey Fernando VII dictó el Real Decreto de 4 de mayo de 1814, por el que deja sin efecto y declara “nulos y de ningún valor [...] como si no hubieses pasado jamás tales actos” (sic) tanto la Constitución de 1812 como los decretos de las Cortes Generales extraordinarias u ordinarias. La vigencia de la Constitución de 1812 se retomó por Real Decreto de 10 de marzo de 1820, pero la vuelve a perder cuando de nuevo D. Fernando VII dicta el Real Decreto de 1 de octubre de 1823, donde vuelve a declarar “nulos y de ningún valor” (sic) todos los actos del gobierno constitucional entre 1820 y 1823. De nuevo, pero esta vez bajo el reinado de Dña. Isabel II, se ordena la publicación de la Constitución de 1812 por Real Decreto de 13 de agosto de 1836, en tanto que las Cortes manifiesten su voluntad sobre la necesidad de una nueva Constitución. Finalmente, por Ley de 7 de septiembre de 1837, se declara la vigencia como leyes, de las disposiciones de la Constitución de 1812 en tanto no fueran derogadas o modificadas por la Constitución de 1837.

Será durante las regencias por minoría de edad de la Reina Isabel II, de su madre Dña. María Cristina y del General Espartero, cuando se eliminen por completo las aduanas interiores –al menos jurídicamente-. El primer texto de la parte final del camino hacia la eliminación completa de las aduanas interiores, es el Decreto de Cortes de 6 de septiembre de 1837¹⁹, en que se autoriza al Gobierno a eliminar las aduanas y dejar únicamente las que hacen frontera con las provincias Vascongadas y Navarra. Posteriormente, un Decreto de la Regencia de 15 de diciembre de 1840 mueve las aduanas que hasta el momento permanecían en el Ebro (Navarra) hacia los Pirineos, es decir, hacia la frontera exterior de la Nación. Esta previsión fue sancionada por la Ley de 16 de agosto de 1841. En cuanto a las últimas aduanas, las de las provincias Vascongadas, serán eliminadas por Decreto de 29 de octubre de 1841. De esta forma, culmina el largo camino hacia la eliminación de los aranceles y aduanas interiores, que obstaculizaban la circulación de las mercaderías por el territorio nacional, definiendo a su vez, las fronteras exteriores de la España de entonces.

Otro hito importante en la consecución de un mercado único en España, fue la aprobación del Decreto CCLXII de 8 de junio de 1813, sobre libre establecimiento de fábricas y ejercicio de cualquier industria útil, por el cual se eliminaron los gremios y los requisitos de acceso a una profesión a que estos obligaban, estableciendo y reconociendo el libre establecimiento de fábricas e industrias, sin necesidad de “permiso ni licencia alguna”, siempre que respetaran las reglas de policía y salubridad²⁰. De esta forma, se ponían los pilares normativos de la libertad de establecimiento que junto con los ya vistos de la libertad de circulación, creaban el marco adecuado para la formación de la unidad de mercado.

¹⁹ Al que sigue la Ley de 16 de septiembre de 1837, que tuvo una incidencia menor, pero que estipulaba que el Gobierno estaba autorizado para establecer aduanas en las costas y fronteras de las tres provincias vascongadas y en Navarra, “dejando expedita la comunicación con las demás provincias del Reino” (art. 3)

²⁰ Vid. GUILLEM CARRAU, J., “Breves apuntes sobre el liberalismo económico y las nuevas reglas para actuar en los mercados de la Constitución de Cádiz”, *Anuario de Derecho Parlamentario – Cortes Valencianas*, núm. 26/2012.

2.3 Unidad de mercado y unidad legislativa

La unidad de mercado no solo subsistiría por la eliminación de las aduanas interiores. La unidad de mercado, como ya se ha apuntado, también exigía la unidad legislativa, una unidad de régimen jurídico aplicable, una misma regulación del mercado en todo el territorio nacional y para todos los españoles, que se persiguió, entre otras formas, siguiendo el modelo francés de codificación. Ya el Estatuto de Bayona, exigía la codificación civil, penal y mercantil²¹ (arts. XCVI [96] y CXIII [113]), a lo que se sumaron la práctica totalidad de los textos constitucionales de los siglos XIX y XX²². Así, por

²¹ De hecho, la codificación mercantil afectaba a las Indias, donde el mismo Estatuto de Bayona reconocía la libertad de industria (arts. LXXXVII [87] y LXXXVIII [88]), así como la libertad de comercio entre todas las provincias del reino, “entre sí y con la metrópoli” (art. LXXXIX [89]).

²² La Constitución de la Monarquía española de 1812 lo llevaba en el art. 258 y también la de 1837, la cual dictaba en su art. 4 que “Unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía, y en ellos no se establecerá mas que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales” (sic), estableciendo no solo la unidad legislativa, sino la unidad de fuero. Con la misma dicción se expresa el art. 5 de la Constitución no promulgada de 1856. La unidad legislativa mediante la codificación se insertó en art. 4 de la Constitución de 1845. Posteriormente, la Constitución de 1869, decía en su art. 91 y la Constitución de 1876 en su art. 75 que: “Unos mismo Códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes. En ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales”. También en el Proyecto de Constitución federal, aunque de forma menos clara, se consagraba la unidad legislativa, al menos mercantil, mediante la reserva de la facultad a los poderes públicos de la Federación de establecer los Códigos generales (art. 49.15º). Ya en el siglo XX, el intento constitucional de 1929 recoge la codificación en el art. 2, permitiendo también variaciones, pero concretándolas a las de “índole civil”, y la unidad de fuero en el art. 94, aumentándola al fuero contencioso-administrativo. A partir de este momento, dejan de utilizarse los términos de codificación o código. No obstante, la Constitución republicana de 1931 deja en manos del Estado, aunque con posibilidad de ejecución por las regiones autónomas, la legislación mercantil, bases de las obligaciones y contratos (se propuso la modificación de este término simplemente por la de “legislación de bases y contratos”, mediante el Proyecto de reforma de la Constitución de 5 de julio de 1935), legislación sobre propiedad industrial e intelectual y otras normas sectoriales que afectan al comercio y a la economía. En cuanto a las Leyes Fundamentales que rigieron durante el Franquismo, estas establecían el principio de unidad de poder (art. 2.II de la Ley de Orgánica del Estado), por lo que solo un órgano legislativo dictaba las leyes mercantiles, siendo estas de aplicación en toda la nación. Ello se suma al poder que se atribuyó a D. Francisco Franco en la Ley de 30

ejemplo, y en lo que tiene que ver con la regulación del comercio, en 1829 aparece el primer Código de Comercio en España²³, obra de Sainz de Andino. En 1885 se redacta y aprueba un nuevo Código de Comercio²⁴ que, con sus modificaciones y complementado con legislación mercantil especial, ha durado hasta nuestros días²⁵.

Pero sobre la unidad legislativa o la unidad regulatoria, debemos destacar, en mi opinión, dos procesos importantes que ayudaron a la creación de un espacio único de mercado, como son, la unidad monetaria y la unidad de jurisdicción, pilares ambos que eran necesarios para la real y efectiva igualdad de los españoles en el ejercicio de la industria y el comercio.

La unidad monetaria plena en España no se da hasta la promulgación del Decreto de 19 de octubre de 1868²⁶, cuyo artículo uno vino a imponer que “En todos los dominios españoles la unidad monetaria será la peseta [...]”. Este Decreto se enmarca en la conocida como Reforma Monetaria de 1868, derivada por el auge unificador ya mencionado, y por la escena internacional. En 1865 se había firmado en París el Tratado

de noviembre de 1938 (art. 17) y en la Ley de 8 de agosto de 1939 (art. 7), de la “suprema potestad de dictar normas jurídicas con carácter general”, que serán Leyes o Decretos, según la materia.

²³ Su aparición fue contestada con fuerte oposición, especialmente por parte de las Provincias Vascongadas, como recoge PETIT CALVO, C., “Oposición Foral al Código de 1829”, *Anuario de Historia del Derecho*, Nº 59/1989, págs. 699-736

²⁴ El Código de Comercio de 1885 sustituye al de 1829, excepto en la regulación de la Quiebra, que mientras no se opusiera al nuevo Código, seguiría vigente. De hecho, su vigencia duró hasta la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, el 1 de septiembre de 2004.

²⁵ En el año 2006 se inició el proceso para la redacción de un nuevo Código, que esta vez se llamaría Código Mercantil, mediante la Orden del Ministerio de Justicia de 7 de noviembre de 2006, por la que se encarga a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación, la elaboración de un nuevo Código Mercantil. En esta Orden ya figura la idea de la Unidad de Mercado, garantizándola a través de la codificación y legislación mercantil. El texto del nuevo Código Mercantil fue presentado después de casi siete años de trabajo, el 20 de junio de 2013, y aprobado como Anteproyecto de Ley en mayo de 2014. A la fecha, no ha sido aprobado por las Cortes Generales.

²⁶ Realmente son dos los Decretos emitidos por el entonces Ministro de Hacienda D. Laureano Figuerola, sin bien el segundo de ellos se limita a dictar órdenes a la Junta consultiva de la Moneda y a la Academia de la Historia, con el fin de “llevar a efecto y a la mayor brevedad posible” lo dispuesto en el decreto citado. Ambos se publicaron en la Gaceta de Madrid de 20 de octubre de 1868.

por el que se creó la Unión Monetaria Latina²⁷, disuelta en 1927. Si bien España no se adhirió a esa Unión, si utilizó el sistema acordado en la adopción de la peseta.

Tras la Guerra Civil (1936-1939), se hizo necesaria la reiteración de una norma que unificara el sistema monetario español, fraccionado en el territorio durante la contienda bélica al subsistir el sistema republicano del régimen finalmente depuesto, con el sistema del régimen resultante, además de los problemas de acuñación que se dieron en ese periodo.

Por ello, se dicta la Ley de 18 de diciembre de 1946 sobre acuñación de un nuevo sistema monetario²⁸, cuyo artículo primero es idéntico en redacción al del Decreto de 19 de octubre de 1868, manteniendo la peseta como única moneda nacional. Sobre esta norma, se asienta el sistema monetario, con sus reformas, hasta la retirada de la peseta y su sustitución por el Euro en nuestro Estado, por Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción el Euro.

La unidad monetaria facilitó las transacciones internas y creó un marco monetario único en todo el territorio nacional, estableciendo una sola moneda de circulación legal en lo que debió ser un solo mercado. Facilitó una equiparación en las condiciones de compra y venta de productos y servicios.

Por su parte, la unidad de jurisdicción, a nivel normativo, se sitúa por una importante cantidad de autores en el entorno social, económico y legislativo de la Cortes de Cádiz que dieron paso a la Constitución de 1812, que reconoce la igualdad de todos los españoles, igualdad que se extiende ante los tribunales²⁹.

²⁷ Sobre la Reforma Monetaria Española y la Unión Monetaria Latina, véase ALEDÓN J. M., *Historia de la Peseta*, Ed. FNMT, Valencia, 2002, págs. 14 y 15 .

²⁸ Publicada en el Boletín Oficial del Estado del 19 de diciembre de 1946.

²⁹ Entre otros, PARIAS SAINZ DE ROZAS, M., “La revolución liberal española” en la obra *Historia contemporánea de España (1808-1939)*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, págs.- 121 a 124, TEDDE DE LORCA, P., “Revolución liberal y crecimiento económico en la España del Siglo XIX”, en la obra *Antiguo Régimen Liberalismo. Homenaje a Miguel Artola. Vol. I*, Ed. Alianza, Madrid, 1994, pág. 39 y ss. ; op. cit. ESCUDERO LÓPEZ, J. A., *Curso de Historia del Derecho...*, pág. 837.

Esta concepción de igualdad implicó la aprobación de diferentes normas que supuesto un avance en la efectividad real del principio de igualdad de los españoles ante los tribunales y por la tanto abrieron el camino a la Unidad de Jurisdicción. Algunas de ellas ya las hemos mencionado y tratado, como la Decreto de abolición Señoríos por Decreto de 6 de agosto de 1811, eliminado los señoríos jurisdiccionales, o la misma Constitución de 1812³⁰.

2.4 Unidad de mercado en el intento de federal de 1873 y en la descentralización política de la Segunda República

Especial atención merecen en nuestro estudio el surgimiento de las regiones como entidades con autonomía política y capacidad normativa, pues las normas que regulaban el comercio debían incluir alguna salvaguarda más con el fin de garantizar la unidad de mercado, pues dejaba de existir la unidad legislativa plena.

Así ocurrió con el intento federal de 1873. No obstante la descentralización, se formulaban previsiones que evitarían fragmentar el mercado. Entre otros, ya en el Título Preliminar se decía que: “Toda persona encuentra asegurados en la República, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni ley ninguna autoridad para mermarlos todos los derechos naturales”, entre ellos, la libertad de trabajo, de industria y de comercio interior (apartado 3º). Es un matiz importante el hecho de que el constituyente de la época lo consideraba un derecho natural y, por lo tanto, inherente al hombre y no al territorio y a su organización, y sin necesidad de formulaciones externas sobre el Estado. Este derecho no podía ser cohibido ni mermado por ninguna ley ni autoridad.

Posteriormente en la Constitución de 1931, se prohibió la discriminación o diferencia de trato entre españoles derivada de la regulación de las regiones autónomas, lo cual incluye el ámbito económico y empresarial³¹. También se reconoce la libertad de

³⁰ Op. cit. PARIAS SAINZ DE ROZAS, M., “La revolución liberal...”, pág. 122; op. cit. TEDDE DE LORCA, P., “Revolución liberal y crecimiento económico...”, pág. 39

³¹ Así se deja entrever, por ejemplo, en el art. 17 de la Constitución de 1931 donde dice: “En las regiones autónomas no se podrá regular ninguna materia con diferencia de trato entre los naturales del país y los

empresa (art. 33) y se reserva al Estado, tanto en exclusiva como compartiendo la ejecución con las regiones autónomas, algunas materias sobre comercio y economía.

2.5 Unidad de mercado en el periodo franquista y en la Transición democrática

Por último, serán las Leyes Fundamentales del Reino las que durante el régimen franquista, aseguren la unidad de mercado mediante la unidad de la legislación y estableciendo un Estado unitario y centralista, basado en un especial entendimiento de la unidad de la Nación³². A lo largo de esta época, se creó una Administración Pública que, por la propia naturaleza del sistema, efectuaba un fuerte control e intervención en la economía y sobre sus operadores, lo que de por sí, obstaculizó las libertades económicas.

Tras el fallecimiento del titular de la Jefatura del Estado, D. Francisco Franco, se produce la transición a un régimen democrático representativo y liberal, y se da inicio a la redacción de una Constitución de consenso. Esta es la actual Constitución de 1978, en que se instaura el Principio autonómico, propio de la descentralización permitida por la misma, que ya se había intentado instaurar sin éxito y con diferentes modelos tanto en la Primera República como en la Segunda. En la Primera, se intentó crear una República Federal, mediante el Proyecto de Constitución de 1873. Era un República Federal cerrada e impuesta a los territorios que la formaban, es decir que, por una parte, los territorios o Estados Federados venían ya definidos territorial y nominalmente y, por otra, no era elección de estos su integración en un Estado Federal, sino que esta venía

demás españoles”. En esa línea, el art. 25 menciona: “No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza”.

³² Lo dicho se puede observar en la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958. El Principio IV decía que “La unidad entre los pueblos y las tierras de España es intangible. La integridad de la patria y su independencia son exigencias supremas de la comunidad nacional. [...]”. El Principio VII añadía: “El pueblo español, unido en un orden de Derecho, informado por los postulados de autoridad, libertad y servicio, constituye el Estado Nacional. [...]”. Por su parte, la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, en el artículo segundo, punto II, mencionaba: “El sistema institucional del Estado español responde a los principios de unidad de poder y coordinación de funciones”. Las Leyes Fundamentales del Reino fueron refundidas en un solo texto, por Decreto de 20 de abril de 1967.

obligada por imperativo constitucional. En la segunda se intentó formar un Estado integral en que las regiones podían acceder a un régimen de autonomía política que no implicaba que se configuraran como Estado y que España se convirtiera en una Federación de regiones. Era, además, potestativo de las regiones la aprobación de un Estatuto de Autonomía.

Como decíamos, la Constitución de 1978 retoma la idea de la descentralización política mediante el principio autonómico, un principio dispositivo. Es esta forma territorial del Estado la que hace más importante la cuestión de la unidad de mercado pues, de nuevo, las actividades legislativa, ejecutiva y administrativa, ya no residen en un solo órgano de carácter nacional, sino que es compartida con las Comunidades Autónomas nacientes al amparo del texto constitucional.

3 LA CONFIGURACIÓN DE LA UNIDAD DE MERCADO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

La Constitución es en nuestro sistema la primera fuente del Derecho, tanto por su supremacía material y formal, como por su valor normativo³³.

A lo largo del tiempo, las Constituciones han tenido previsiones que, de una forma u otra, han interferido y hasta definido el sistema económico del Estado al que se dotaba de texto supremo. Tal ha sido y es el caso de España. El conjunto de normas o preceptos de contenido económico, o si se quiere, con incidencia en el orden económico, ha sido denominado como “Constitución Económica”³⁴. La Constitución Económica ha sido

³³ Así se desprende del art. 9.1 CE, que dicta que: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Sobre esta cuestión, DE OTTO Y PARDO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ed. Ariel, Madrid, 1987 (reedición de 2008), págs. 11 a 101.

³⁴ Para que se considere que un texto constitucional integra a su vez una Constitución Económica, esta debe contener referencias, a criterio de GARCÍA – PELAYO, M., al menos en ciertas materias, como son: “el establecimiento del tipo o tipos de propiedad, las formas de relación entre los actores económicos y la distribución de atribuciones entre el Estado y los actores y entidades económicas de la sociedad”. Algunos ejemplos de ello son el reconocimiento de la propiedad privada (art. 33 CE), la distribución de la riqueza y su función en la sociedad (art. 31 CE) o el derecho de negociación colectiva (art. 37 CE), Cfr. GARCÍA – PELAYO, M.; “Consideraciones sobre las Cláusulas Económicas de la Constitución”, en *Estudios*

conceptuada por el Tribunal Constitucional -entre otras, STC de 64/1990, de 5 de abril- como “conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica”³⁵.

Y es dentro de este marco donde se encuadra nuestro objeto de estudio. Es por ello que se hace necesario relatar que dice nuestro texto constitucional sobre la unidad de mercado y sobre las libertades económicas. Eso nos permitirá formar una definición y un concepto de contenido jurídico del Principio de unidad de mercado.

Como ya hemos mencionado y ahora recordamos, la unidad de mercado, si bien es un Principio constitucional de nuestro Estado y de nuestro ordenamiento, no viene formulado explícitamente en el texto constitucional³⁶, si bien es cierto que se desprende

sobre la Constitución Española de 1978, Ed. Libros Pórtico, Zaragoza, 1979, pág. 27 a 53. En la misma línea se manifiesta GARCÍA LLOVET, E., “Constitución Económica y Constitución territorial económica”, *Autonomies: Revista catalana de Dret Públic*, núm. 22/1997, págs. 121 a 153, donde expone que para que se pueda hablar de Constitución económica este debe tener un contenido mínimo consistente en “preceptos constitucionales –y subconstitucionales [...]– atinentes al régimen general de los bienes económicos, a la producción y distribución de los mismos y a las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos en relación con dichos procesos y bienes, incluyendo, por lo tanto, la disciplina básica de los procesos de intercambio de los bienes y las reglas básicas de funcionamiento de la institución en que dicho intercambio de produce” (sic).

³⁵ GARCÍA – PELAYO, M.; “Consideraciones sobre las Cláusulas...”, op. cit., pág. 27 a 53, partiendo de la definición del Tribunal Constitucional, la define como “las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico”.

³⁶ Los Principios del Derecho Público Económico, que parten de presupuestos constitucionales y del Derecho de la Unión Europea son enumerados por diferentes autores, siendo los más destacados: principio de unidad de mercado, principio de respeto y garantía de la economía de mercado, principio de protección del consumidor, principio de protección del medio ambiente, principio de racionalidad y proporcionalidad, principio de menor onerosidad de las medidas de intervención públicas que supongan una restricción de la libertad de empresa, principio de confianza legítima y buena fe, principio de sumisión a las reglas sobre competencia empresarial y principio de agilidad y eficacia en las actuaciones públicas que inciden en la actividad económica (COSCULLUELA MONTANER, L.; LÓPEZ BENÍTEZ, M.; *Derecho Público Económico*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, págs. 27 a 32). Por su parte, GARCÍA LLOVET, E., “Constitución Económica...”, op. cit., págs. 121 a 153, expone la existencia de una llamada “Constitución territorial económica”, basado en dos principios en constante liza, como son el Principio de Unidad de

de su articulado. Por otra parte, ha sido objeto de pronunciamientos, definición, interpretación y configuración por el Tribunal Constitucional³⁷.

Este se ha expresado en términos claros, al decir que de la “Constitución se deriva la unicidad del orden económico nacional, que trae como consecuencia la existencia de un mercado único” –v. gr. STC 88/1986, de 1 de julio³⁸-. Este reconocimiento es fruto de la composición, conjugación y confluencia de distintos artículos de la Constitución española, de los que se deriva la configuración jurídica del Principio de unidad de mercado.

3.1 Base constitucional de la unidad de mercado

La inclusión de este principio en nuestro ordenamiento constitucional es fruto del modelo territorial establecido en ese mismo ordenamiento. Y es que este tipo de previsiones son propias de los Estados descentralizados como el nuestro. Cuando es solo un órgano legislativo el que tiene las competencias en materia económica, y que estas

Mercado y el Principio Autónomo. A estos dos, se añade la Cláusula de Comercio, a semejanza de la Cláusula de Comercio de la Constitución de los Estados Unidos, como cláusula de atribución y distribución de competencias que tiene como finalidad la “libertad de circulación de mercancías, bienes y servicios, el libre comercio, en el interior de un mercado dado”, en nuestro caso, el español. Esta cláusula se identificaría con art. 139.2 CE. Con posterioridad, analizamos la naturaleza del art. 139.2 CE.

De forma más temprana, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho Administrativo Económico. Tomo I*, op. cit. págs. 70 a 125.

³⁷ Entre otras, STC 37/1981, de 16 de noviembre; STC 1/1982, de 28 de enero; STC 71/1982, de 30 de noviembre; STC 32/1983, de 28 de abril; STC 88/1986, de 1 de julio; STC 87/1987, de 2 de junio; STC 84/1993 de 8 marzo; STC 64/1990, y más recientemente, STC 96/2013 de 23 abril.

Y como reconoce MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho Administrativo Económico. Tomo I*. op. cit. pág. 188, si bien a CE no lo enunció de forma expresa, “No por ello, sin embargo, deja de sancionarlo de forma muy clara a través de muy distintos procedimientos: reconocimiento, en su integridad, como competencias exclusivas del Estado, de las que atañen a los aspectos más fundamentales del orden económico, y a los que pueda afectar a su unidad [...]”

³⁸ Sobre la terminología utilizada, algunos autores afirman que la unicidad del orden económico no es lo mismo que la unidad de mercado, siendo esta un reflejo o manifestación de aquella. Otros, por el contrario no parecen encontrar tal diferencia, como, SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo. Tomo I*, Ed. CERASA, Madrid, 1991, pág. 270 y 271

se proyectan en todo el territorio nacional, la unidad de mercado viene prescrita como un presupuesto *de facto*, al menos en su estadio más básico, sin necesidad de unas normas que la garanticen, la persigan o la conserven. Sin duda, ese era el caso español anterior a la constitución de 1978. España era un país unitario y centralista, donde la capacidad legislativa correspondía a un solo órgano, la Cortes Españolas.

En primer lugar, el fundamento jurídico-constitucional de la unidad de mercado viene precedido en su origen, por la unidad de la Nación española reflejada en el art. 2 CE. La unidad de la Nación española es el Principio sobre el que se asienta todo el sistema constitucional. Esta unidad tiene su reflejo y una de sus proyecciones y concreciones en el ámbito económico. El hecho de que existan distintos entes con competencias normativas y ejecutivas dentro de un mismo Estado, especialmente en materias que pueden afectar al orden económico, no debe conducir a efectos disfuncionales o desintegradores de ningún tipo y, en lo que nos toca, tampoco de corte económico.

Así es sancionado por distintos preceptos constitucionales. Especial relevancia tiene el art. 138.2 CE, que prescribe que “las diferencias entre los Estatutos de Autonomía de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales”. Otros que también tiene su importancia y son reflejo de lo afirmado, son los arts. 128 y 131.1 que subordinan la riqueza del país (en su conjunto) y la planificación de la actividad económica al *interés general*³⁹ y a las necesidades *colectivas*.

Por otra parte, el alcance de los objetivos de carácter económico fijados por la CE, precisan de la adopción de medidas de política económica aplicables con carácter general a todo el territorio nacional⁴⁰. De tal manera que estos objetivos, constitucionalizados y derivados del Estado social, se convierten en un fundamento, igualmente de la unidad de mercado.

³⁹ El concepto de interés general debe ser entendido en contraposición de los intereses respectivo de cada territorio (autonómico o local). Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de...*, op. cit., págs. 266 a 271.

⁴⁰ Como ejemplo, véanse los arts. 40.1, 130.1, 138.1 CE.

Esto, a su vez, enlaza con el propio Preámbulo de la Constitución de 1978, por el que, entre otros, se persigue “garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes, conforme a *un* orden económico y social justo” (cursiva propia)⁴¹. El TC entiende la expresión de forma literal, indicando que esta es una de las reiteradas veces que la CE exige la unicidad del orden económico, pues existe un solo orden económico, y no tantos como Comunidades Autónomas se constituyan en el Estado español⁴².

Vistos los planteamientos anteriores, podemos decir en resumen que, la unidad de mercado en España existe porque existe la unidad de la Nación. Unidad que como vemos, se proyecta en forma de unidad política, pero también de unidad del orden económico, y de mercado⁴³. Pero eso por sí solo, no parece suficiente para preconizar

⁴¹ No todos los autores entienden la unidad del orden o sistema económico como sinónimo de unidad de mercado. A favor, SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de...*, op. cit., págs. 270 y 271. Entre los autores que distinguen el contenido de tales expresiones, GARCÍA LLOVET, E., “Constitución económica...”, op. cit., págs. 121 a 153; MIGUEZ MACHO, L., *La intervención administrativa en el comercio interior*, Ed. Iustel, Madrid, 2005, págs. 159 a 164.

⁴² Entre otras y por todas, STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1º.

⁴³ Esto es así en España, pero no necesariamente en todos los casos. En la etapa contemporánea, se estudian los procesos de integración política desde niveles distintos. El análisis económico tradicional distingue hasta cinco niveles, que son tal y como lo exponen MUÑOZ DE BUSTILLO, R. Y BONETE, R.: primero, la Zona o Acuerdo de Libre Comercio, que supone la eliminación de los aranceles interiores de los territorios que lo conforman, mantenido cada uno de ellos su propia política comercial exterior con territorios que no forman parte de la zona o del acuerdo de libre comercio. El segundo nivel será la Unión aduanera, en el que los aranceles exteriores desaparecen, creando un solo arancel exterior común e igual para los integrantes. En este nivel, la política comercial exterior, dejaría de ser competencia de los territorios integrantes, para ser asumida por un órgano común. En un tercer nivel, una vez conseguida la Unión aduanera y, en consecuencia, la libertad de circulación de mercancías, se construye un Mercado Común, ampliando la libertad de circulación, ya no solo a las mercancías, sino a los capitales y a los factores de trabajo. El cuarto de los niveles en un proceso de integración es la Unión Económica, en que los territorios deben armonizar y homogeneizar los mecanismos de intervención en la economía. Por último, solamente queda la Unión Política. Este proceso, a grandes rasgos, se puede observar desde la historia en la unificación política de Alemania: Unión comercial prusiana entre 1818 y 1833, que dio lugar a la Unión aduanera conocida como Zollverein en 1834. Esta permitió la creación de una única área comercial, que culminó con la unión alemana. El mismo proceso que se está llevando a cabo actualmente

la realidad de la unidad de mercado como una realidad fáctica, sino tan solo para señalar su fundamento constitucional. Existen países en los que, a pesar de gozar de una unidad nacional, no es así con la unidad de su mercado, tal y como la conocemos actualmente. Ese ha sido el caso español durante algún tiempo, hasta bien entrado el S. XIX⁴⁴.

Asentado el primer fundamento de la unidad de mercado –la unidad de la Nación-, debemos saber cuáles son las bases de la misma. El Tribunal Constitucional ha reconocido que “la unidad de mercado descansa sobre dos supuestos irreductibles 1) la libre circulación de bienes y personas, que ninguna autoridad puede obstaculizar directa o indirectamente, y 2) la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica”⁴⁵. Tales libertades y condiciones -manifestadas primordialmente en el art. 139.2 CE- necesarias para asegurar la unidad de mercado, solo pueden ser entendidas en un sistema económico como el de la Economía de Mercado.

Y es la economía de mercado lo que sanciona el art. 38 CE. Si bien los términos utilizados en esta pueden dar lugar a diferentes interpretaciones sobre qué tipo de sistema económico se consagra en la Carta Magna, una vez puestos en comparación con las libertades económicas que en ella también se establecen, podemos afirmar que solo en un Estado que garantiza para su economía el sistema de economía de mercado, cabe a su vez garantizar el disfrute de las libertades económicas. ¿Por qué se puede hacer tal afirmación? ¿Cuáles son las libertades económicas a las que nos referimos?

De esta forma, puede afirmarse que el Principio de unidad de mercado en nuestro texto constitucional vigente descansa en al menos tres libertades básicas: la libertad de circulación de mercancías –entendidas como bienes y servicios- , trabajadores y capitales, la libertad de establecimiento y la libertad de empresa⁴⁶. A ello hay que añadir

en la Unión Europea. (MUÑOZ DE BUSTILLO, R. Y BONETE PERALES, R. *Introducción a la Unión Europea: un análisis desde la Economía*, Alianza Editorial, Madrid, 2009, págs. 43 a 46). De manera similar es recogido por ALBERTI ROVIRA, E., *Autonomía política...*, op. cit., págs. 19 y ss.

⁴⁴ TENA PIAZUELO, V., *La Unidad de Mercado...*, op. cit., págs. 58 a 62.

⁴⁵ STC 96/1984, de 19 de octubre, FJ 3º; STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6º o STC 64/1990, de 5 de abril, FJ 3º.

⁴⁶ STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6º.

la reserva de competencias al Estado, con la finalidad de que este Principio de unidad de mercado se garantice y proteja.

3.2 Derechos y Libertades

La unidad de mercado, tal y como aparece reflejada en nuestra Ley Fundamental, se materializa, concreta y hace efectiva por medio de una serie de Derechos y Libertades, así como de garantías constitucionales para su efectividad.

3.2.1 Libertad de circulación y de establecimiento

Esta libertad supone que tanto capitales, bienes, servicios y personas pueden circular con libertad, sin restricciones, por todo el territorio nacional. Es una de las libertades que consagra el art. 139.2 CE al decir, que “ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas, y la libre circulación de bienes en todo el territorio español”.

La Libertad de establecimiento consiste en el derecho del operador económico a desplazarse y fijar su residencia –sede o sucursal- con libertad en cualquier parte del territorio nacional con el objetivo de iniciar y realizar una actividad económica⁴⁷.

Tienen dos vertientes. Por un lado, reconoce el derecho de los ciudadanos y sus bienes, incluidos los bienes objeto de comercio (productos y servicios) a establecerse y circular con libertad en todo el territorio nacional. Pero al mismo tiempo, funcionan como límite a la actuación de las autoridades. Desgranemos lo dicho.

a) Autoridades

¿Cómo se mide si la actuación de las Autoridades crea un obstáculo a la libertad de circulación? El art. 139. 2 CE nos dice que el obstáculo puede crearse de forma directa

⁴⁷ Esta definición ha sido adaptada de la que ha ofrecido en TJUE, sobre esta misma Libertad en el ámbito de la UE, y conceptualizada, entre otros por GÓMEZ DE ENTERRÍA Y SÁNCHEZ, C., “La aplicación en España de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios de las personas físicas”, *Documentación Administrativa*, núm. 201/1984, págs. 413 a 445, en especial, págs. 414 y 415.

o de forma indirecta. De forma directa, interpreta el TC, cuando intencionalmente persiga la finalidad de obstaculizar⁴⁸, y de forma indirecta cuando, sin haber esa intención, las consecuencias objetivas de las medidas adoptadas impliquen el surgimiento de obstáculos a la circulación o al establecimiento de los operadores económicos.

En expresión de DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., la actuación de las Administraciones públicas y de los órganos legisladores y normativos, no puede “ni por objeto ni por efecto tratar de manera menos desfavorable” a los distintos operadores del mercado⁴⁹.

b) Ciudadanos y operadores económicos

Cuando la Constitución habla de las Libertades de Circulación y de Establecimiento, ¿Realmente habla de “Derechos” de los ciudadanos y de los operadores económicos? Esta es una pregunta que merecería de una exhibición mucho más amplia de la que este apartado nos permite por el mismo objeto de esta tesis. Sin embargo, trataré de apuntar alguna cuestión que permitirá hacernos una idea del resultado.

Tal y como apunta ALBERTI ROVIRA, E.⁵⁰, el art. 139 CE, donde se condensa la mayor parte del Principio de la unidad de mercado, es concreción de algunos Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, reconocidas así en nuestro texto constitucional. En concreto, con lo prescrito en el art. 19 CE, que recoge la Libertad de residencia y de circulación de los españoles en todo y por todo en territorio nacional; y en el art. 14 CE

⁴⁸ Una crítica a este criterio, a la que me sumo, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de...*, op. cit., pág. 271, al decir que “la intencionalidad obstaculizadora del ente público que adopta las medidas en cierta forma irrelevante: lo que importa es si, objetivamente, la medida tomada obstaculiza o no la libertad de circulación”.

⁴⁹ DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “La libre circulación de mercancías en los sistemas políticos descentralizados: ¿Garantía de libertad económica o prohibición del proteccionismo?”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 35/2010, págs. 365 a 408.

⁵⁰ ALBERTI ROVIRA, E., “La Cláusula de la Libre Circulación y la Garantía de la Unidad de Mercado interno en la Constitución de 1978”, *Revista del CEPC*, núm. 14/1993, (Enero-Abril), págs. 35 a 63.

sobre el Derecho a la igualdad. De tal manera que la creación o mantenimiento de un obstáculo a la libre circulación y al libre establecimiento en los términos expuestos por el TC, constituye, a mi juicio, una vulneración de estos Derechos Fundamentales. De esta forma se configuraría la prescripción del art. 139 CE como una garantía institucional de la unidad de mercado⁵¹.

Comparto, en definitiva, la naturaleza que el autor les da. Lo cual no excluye que dentro de la garantía institucional se encuentren reconocidos -o que incluso la propia Garantía sea el instrumento para el reconocimiento- un Derecho o Derechos subjetivos⁵², como es el caso. Los Derechos a circular y a establecerse en cualquier parte del territorio nacional, en igualdad, son lo que BAÑO LEÓN identifica con el aspecto objetivo de los Derechos Fundamentales que ya hemos reseñado⁵³.

⁵¹ Garantía que a juicio de ALBERTI ROVIRA, E., es innecesaria por estar ya garantizada por medio de otros preceptos constitucionales de mayor virtualidad. No obstante, sigue entendiendo la inclusión del art. 139 CE como una garantía institucional de la unidad de mercado, aunque con poca enjundia práctica. Así se desprende de lo escrito por él, anotando que: “la libertad de circulación se presenta como garantía de la existencia de un mercado único en el conjunto del territorio de un Estado compuesto o, en general, de una estructura compuesta de poder, entendido como espacio económico unitario en el que pueden moverse sin traba los diversos factores de producción (personas, bienes, servicios y capitales). En este sentido, la libre circulación cobra su máxima virtualidad cuando se establece como instrumento para conseguir tal unidad de mercado, eso es, para integrar, unificar o fusionar espacios económicos hasta el momento independientes o no integrados. [...] Sin embargo, su virtualidad en un mercado ya unificado e integrado es mucho menor, reduciéndose de hecho a garantizar el mantenimiento de tal unidad, preexistente y ya lograda, frente a eventuales riesgos de fragmentación” (“La Cláusula de la Libre Circulación...”, op. cit., pág. 56).

⁵² Así es expuesto por VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., “Objeto y Contenido de los Derechos Fundamentales” en *Teoría general de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*, Ed. Tecnos, Madrid, 2004, págs. 103 a 119, y especialmente págs. 115 y 116.

⁵³ Cfr. BAÑO LEÓN, J. M., “La distinción entre Derecho Fundamental y Garantía Institucional en la Constitución española”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 24/1988 (septiembre-diciembre), págs. 155 a 179.

3.2.2 Libertad de empresa

La libertad de empresa (art. 38 CE) comprende, como núcleo fundamental, la facultad tanto de iniciar como de sostener en libertad la actividad empresarial y económica⁵⁴. Esta libertad es muy importante en la configuración constitucional de la unidad de mercado⁵⁵, porque la vulneración de la libertad de empresa conlleva el quebranto de esta unidad.

Esto es así, pues la unidad de mercado crece de la mano de la Libertad de empresa. Los elementos que componen la unidad de mercado –libertad de circulación, de establecimiento e igualdad básica en el ejercicio de actividades económicas- son elementos, a su vez, de la Libertad de empresa.

La Libertad de empresa no es, a criterio del constituyente ni del TC, un Derecho Fundamental⁵⁶, sino una garantía institucional de la economía de mercado⁵⁷. Eso no

⁵⁴ STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3º o STC 84/1993 de 8 marzo, FJ 2º. En los pronunciamientos citados, el Tribunal Constitucional advierte que la libertad de empresa, como cualquier libertad, no es absoluta y no da un derecho a acometer cualquier empresa, sino que se ve sometida a límites. La actividad empresarial puede regularse, lo cual de por sí es un límite. Se puede limitar el beneficio empresarial (lo cual forma parte de la libertad de empresa, que comprende la actividad empresarial privada, con ánimo de lucro) en aplicación del art. 128.2 CE. Además, no cabe la iniciación de cualquier actividad económica, pues esta ha de ser lícita, excluyendo aquellas que la Ley prohíbe, por tratarse de productos o servicios que deben estar fuera del tráfico mercantil.

⁵⁵ Sobre la inclusión de la Libertad dentro del Principio de unidad de mercado y su importancia dentro de este véase CALONGE VELÁQUEZ, A., *Autonomía Política y Unidad de Mercado...*, op. cit., págs. 127 a 133.

⁵⁶ No era así en el Anteproyecto de Constitución, que recogía la Libertad de empresa dentro del catálogo de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas. En el texto final, fue sacado de este, modificando su significado, pero favoreciendo su aprobación por consenso, como recuerda GIMENO FELIÚ, J. M., “Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 135/1994 (septiembre-diciembre), págs. 149 y ss.

⁵⁷ Una exposición sobre la configuración que hace el TC de la Libertad de empresa ha sido desarrollado por GIMENO FELIÚ, J. M., en “Sistema económico y derecho a la Libertad de empresa...”, op. cit., págs. 149 a 172. Doctrinalmente, para la relación entre libertades económicas y libertad de empresa, resulta de interés MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho Administrativo Económico. Tomo I.* op. cit. 84ª 175, y especialmente págs. 125 y ss.

quiere decir, como ocurre con las Libertades de circulación y de establecimiento, que esta garantía no encuadre derechos subjetivos, como por ejemplo, y como ya hemos reseñado, el derecho a iniciar una actividad económica empresarial y a sostenerla en libertad. También a desarrollar esa actividad en igualdad de condiciones que el resto de los operadores, evitando distorsiones de la competencia que no estén amparadas legalmente o por, mencionar alguna más, la libertad de comercio, que incluye, entre otros, la libertad de contratación.

Por ello que se puede afirmar que existe una relación directa entre libertad de empresa y las libertades económicas enunciadas como base de la unidad de mercado, de tal manera que si se ponen restricciones -innecesarias, injustificadas o desproporcionadas- por las Administraciones Públicas a la libertad de empresa, las restricciones impuestas se convierten, a su vez, en un obstáculo a la actividad económica⁵⁸, que en definitiva, puede vulnerar la unidad de mercado.

3.2.3 Igualdad de las condiciones básicas en el ejercicio de la actividad económica

La igualdad de las condiciones en el ejercicio de la actividad económica es otro de los pilares definitorios de la unidad de mercado. Esta igualdad viene recogida en el apartado primero del art. 139 CE, el cual señala que “Todos los españoles tienen los mismo derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado”.

Esta igualdad en las condiciones básicas del ejercicio de una actividad económica, supone una limitación a los poderes públicos, prohibiendo la discriminación por razón

⁵⁸ LAGUNA DE PAZ, J. C.; “La regulación del mercado: lecciones para alumnos díscolos”, en *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum al Profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz* (Coord. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L; VILLAR ROJAS F. J.), Ed. La Ley, Madrid, 2011, pág. 1185.

de origen o de residencia. Se trata en definitiva de una “proyección territorial”⁵⁹ del Principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE⁶⁰.

No sería discriminatorio y, por tanto, contrario a la regla del art. 139.1 CE, que cada ente territorial dictara su propia normativa y que esta fuera diferente a la del resto de entes, pues eso es parte de su autonomía otorgada. Implica más bien, que en igualdad de circunstancias se tenga la misma posición jurídica, o los mismos derechos y obligaciones en todo el territorio nacional, sin excepción de los elementos básicos y esenciales de las libertades económicas y de los derechos de los operadores⁶¹.

Lo que si se prohíbe es que en esa normativa –o la actuación administrativa- se contemplen o hagan surgir diferencias de trato o de posición jurídica básica o fundamental en función del origen del operador o mercancía, o del lugar de residencia de aquel. En definitiva, se debe tratar en iguales condiciones tanto a los que han nacido o residen en un territorio concreto, como al resto de españoles que de alguna otra forma operan allí, exigiéndole las mismas obligaciones y reconociendo los mismos derechos.

3.3 Instrumentos Constitucionales para la garantía de la unidad de mercado

Para que los derechos y libertades que acabamos de ver, se puedan hacer efectivos, dentro del marco del respeto al Principio autonómico, la Constitución ha previsto una serie de instrumentos, o si se quiere garantías, que a continuación describimos.

3.3.1 Unidad, no uniformidad

El Tribunal Constitucional ha efectuado diferenciación entre unidad y uniformidad, siendo la primera permitida, e incluso como en el caso que nos ocupa, obligada, y la segunda muy restringida⁶². En lo que tiene que ver con la unidad de

⁵⁹ Con esa expresión lo manifiesta GARCÍA LLOVET, E., “Constitución económica...”, op. cit., pág. 136

⁶⁰ El art. 14 CE indica: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

⁶¹ Véase STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2º.

⁶² Si bien el TC ha declarado que la uniformidad jurídica o normativa es incompatible con la existencia de las Comunidades Autónomas tal y como han sido diseñadas por la CE, no deja de ser cierto que no está

mercado, es precisamente eso, unidad la que debe predominar, pero sin que esta pueda presuponerse como medio para la uniformidad normativa. La propia configuración territorial del Estado, en la que coexisten distintas entidades con autonomía política y capacidad legislativa, como las Comunidades Autónomas –y con capacidad normativa, como los Entes Locales-, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos. Esta diversidad permite diferentes regulaciones que incidan en la economía⁶³. Pero esta diversidad tiene límites, que a continuación veremos.⁶⁴

terminantemente prohibida, como de hecho no suele estarlo nada en Derecho. Tal es así, porque la propia Carta Magna ha establecido mecanismos de uniformidad, como por ejemplo, la posibilidad de aprobar leyes de armonización que pretenden cierta uniformidad de las legislaciones autonómicas en una materia o materias concretas. Otro supuesto es el de las competencias exclusivas del Estado para establecer las bases sobre diferentes materias, entre ellas, no siendo las únicas, las bases de la planificación general de la actividad económica o del régimen minero y energético que se contemplan en el art. 149.1.13º y 25º CE. En cuanto a este tipo de legislación, también es el TC el que ha sentenciado que lo que “la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo” (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1º). Como apreciación final, el TC también ha asegurado que “la uniformidad de las condiciones de vida más allá del territorio de una Comunidad” actúa como límite a la actividad normativa de estas (STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 7º y 9º)

⁶³ Diferencias, que como apunta algún autor, varían según el sector. Hay sectores de la economía que “por su propia naturaleza económica o por el actual desarrollo de la técnica” conllevan un mercado nacional único y uniformado, como por ejemplo las comunicaciones, el sector eléctrico o el financiero. Por otra parte, hay sectores como el suelo urbano o el turismo que, como mercados locales, pueden ser tratados de forma diferentes. En último lugar, tenemos sectores que reúnen ambas dimensiones, como el de transportes, que puede ser regional o estatal. (ARIÑO ORTIZ, G., LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., Y DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., *Principios de Derecho Público Económico (modelo de estado, gestión Pública, regulación económica)*, Ed. Comares, Granada, 1999, págs. 146 a 153).

⁶⁴ El Tribunal Constitucional ha establecido los parámetros sobre los que debe enjuiciarse si una norma es compatible con la unidad de mercado. Así, entre otras, la STC 88/1986 de 1 de julio, en el FJ 6º, reiterada en otras como la STC 64/1990 de 5 de abril, FJ 5º, comenta, que “La regulación autonómica se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad; que esa regulación en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y

a) Límites competenciales

El primero de los límites, como parece lógico y primario apuntar, es el límite competencial. Las competencias de las Comunidad Autónomas y del Estado vienen definidas en los arts. 148 y 149 CE, así como en sus respectivos Estatutos de Autonomía. Las Comunidades autónomas y, en su caso, los entes locales, pueden efectuar su propia regulación, pero sin invadir el ámbito competencial de ningún otro ente, incluido el estatal. Es por ello que el primer juicio que ha de hacerse, una vez se plantea si una norma vulnera o no la unidad de mercado, es el juicio de competencias. Esto es así, pero difiere de la razón que aduce el Tribunal Constitucional. El Alto Tribunal ha afirmado que “nunca podrá considerarse «obstáculo» para la libre circulación de bienes en todo el territorio el efecto que se siga de la aplicación de una norma que resulta, por su objeto y por su contenido, de indiscutible competencia autonómica, llevando la argumentación contraria, más bien, a una inadmisibile constrictión de las potestades autonómicas en aras de un entendimiento del principio de unidad del mercado que no se compadece con la forma compleja de nuestro Estado”⁶⁵.

No considero que esta sea una razón que delimite *per se* la determinación de la existencia de obstáculos a la libertad de circulación o establecimiento. No podemos pensar en absoluto en una distribución de competencias perfecta, pues la Constitución es un texto de reparto general. De tal manera que pueden existir competencias que de forma indiscutible permanezcan en el ámbito autonómico, o incluso municipal, pero también habrá competencias cuya pertenencia a una u otra administración no sea tan clara, y sean por ello discutidas. En cualquier caso, de la discusión debe finalmente clarificarse quien ostenta la capacidad de acción en cada caso⁶⁶.

justificadas por su fin, y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles.”

⁶⁵ STC 87/1987, de 2 de junio, FJ 6º. Sobre concurrencia de competencias, su interpretación y los instrumentos de articulación, puede verse la STC 8/2012, de 18 de enero.

⁶⁶ Parece que la Constitución ha previsto un sistema de competencias que excluye la posibilidad de competencias concurrentes. Solo un órgano puede ostentar la competencia, y por tanto la capacidad de actuar en cada caso. Por ello, no se incluye ninguna cláusula que permita esclarecer la prevalencia entre legislación nacional y autonómica o permita entrever un Principio de Subsidiaridad. Vid. GARCÍA LÓPEZ

Tenido en cuenta lo anterior, la argumentación del TC pierde su fuerza. Es más, podemos formular el mismo argumento al contrario. Hay que afirmar que el hecho de que una Comunidad Autónoma manifieste su poder normativo en ejercicio de sus competencias, supusiera que en ningún caso se obstruyera la libertad de circulación, sería lo mismo que decir que el art. 139.2 CE es innecesario, vaciándolo prácticamente de su contenido y de su función, y provocando su pérdida total de vigencia.

Las razones, a mi juicio, deben ser otras. El criterio competencial como parámetro de enjuiciamiento inicial ante una posible vulneración de las libertades de establecimiento y de circulación, radica más bien en su conceptualización negativa –como criterio de exclusión–, en que si no hay competencia de quien dicta la norma discutida, la norma es nula, deja de pertenecer al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, dará igual el resto de argumentos en su contra, en nuestro caso, la vulneración de las libertades predichas.

b) Límites materiales

Una vez analizada la cuestión de competencias, si la tiene atribuida la administración enjuiciada, se debe pasar el examen de fondo sobre la cuestión que afecta a la unidad de mercado y las libertades que la integran, pues este es otro de los límites al ejercicio de las competencias, no solo de las CCAA, sino también del Estado⁶⁷.

E., “Estado de las autonomías, Constitución económica y Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 39/1984 (mayo – junio), págs. 107 a 142.

⁶⁷ El Estado también podría vulnerar el Principio de Unidad de Mercado en el ejercicio de sus competencias. Si bien es cierto que estas se proyectan, generalmente, sobre todo el territorio nacional, esto no es de por sí garantía suficiente de que no pueda afectar a las Libertades de establecimiento y de circulación. Como botón de muestra, podemos citar el Informe de la Comisión Nacional de Competencias (CNC, actualmente CNMC) IPN 84/12 sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas para mejorar el funcionamiento de la Cadena Alimentaria. El Informe considera, por ejemplo, que la previsión contenida en el Ante proyecto sobre las autoridades competentes para aplicar su régimen sancionador, generan un riesgo de ruptura de la Unidad de Mercado, por su diversidad y por la naturaleza administrativa de las mismas. También es un riesgo para la Unidad de Mercado la posibilidad de que existan Códigos de Conducta que elabora el Ministerio, pues ello puede hacer proliferar distintos Códigos de Conducta de distinto ámbito territorial. Finalmente se aprobó la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, que mantiene los preceptos que la CNC consideró de riesgo para la Unidad de Mercado.

Y la afirmación de la unidad de mercado entendida como límite tiene una importante trascendencia jurídica.

Como ya se ha afirmado, el art. 139 CE contiene el reconocimiento de las Libertades de circulación y de establecimiento en todo el territorio nacional, así como el Derecho a la igualdad de los operadores en el ámbito económico, como concreciones de Derechos Fundamentales reconocidos en la Carta Magna. Este hecho en sí ya es más que suficiente para su conformación como límite al ejercicio de competencias por los poderes públicos, pues como Derechos Fundamentales, han de ser respetados en su ejercicio por las administraciones.

A lo dicho hay que sumar que el art 139 CE forma parte de la regulación constitucional de la organización territorial del Estado. De hecho, forma parte, haciendo alusión al encabezamiento del Capítulo I, del Título VIII de la Organización territorial del Estado, de sus Principios Generales. Principios estos -concretados en las libertades y derechos

Sin embargo, disintiendo de ello, algunos pronunciamientos al respecto de la LGUM, vienen a recoger precisamente lo contrario. Por ejemplo, la SAN 118/2016, de 31 de marzo (RO 50/2015), DF Tercero, y la SAN 119/2016, de 31 de marzo (RO 396/2015) FJ Tercero, dicen al unísono 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 la unidad de mercado, pues no cabe duda de que una regulación uniforme y homogénea es una fórmula que evita con toda seguridad cualquier tipo de fragmentación y dispersión”. Si bien este concreto pronunciamiento fue corregido por el TS, quien estimando el Recurso de Casación interpuesto, dijo que “no comparte el argumento de la sentencia impugnada de que no pueda invocarse la infracción de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, frente a normas estatales, que simplemente por su origen estarían impedidas o imposibilidad de fragmentar el mercado” (STS 362/2019, de 18 de marzo, FD 2º, RC 1746/2016).

Por otra parte, hay que mencionar, que el constituyente también previó la posibilidad de que fuera las Autoridades Estatales, las que vulnerasen la Unidad de Mercado. El Anteproyecto de Constitución, como en el Dictamen de la Ponencia, hacían referencia a las Comunidades Autónomas. Fue en el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales donde se sustituyó por la expresión genérica Autoridades, resultado de una enmienda del Grupo Parlamentario Comunista.

Al respecto, REOBOLLO PUIG, M., “El principio de necesidad y proporcionalidad de los límites a las actividades económicas”, *Estudios sobre la Ley de Garantía de la unidad de mercado*, Ed. Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2017, págs. 72 a 74.

antedichos-, que rigen el reparto de competencias entre los Entes Locales, las Comunidades Autónomas y el Estado.

Es aquí donde debemos hacer una reflexión sobre la naturaleza de la previsión del art 139.2 CE –y también del art 139.1 CE, pues comparten naturaleza-. Ya hemos mencionado en su momento que esta previsión funciona como límite a la capacidad normativa de los Entes Locales, de las Comunidades Autónomas y, en su caso, del Estado. Pero esta no es la única interpretación que se ha dado a la naturaleza, o si se quiere, función del art. 139.2 CE. Así, GARCÍA PELAYO, ha sugerido que el art. 139.2 es lo que se conoce en la doctrina jurídica de los países descentralizados como “Cláusula de Comercio”⁶⁸. Con total respeto a su postura, no puedo estar de acuerdo con su tesis⁶⁹, al menos en lo que concierne a la naturaleza jurídica, quizás si en su contenido.

La Cláusula de Comercio surge en los países de corte federal como cláusula de atribución al Estado Federal o a la Administración Federal de una determinada competencia, cual

⁶⁸ Tesis apuntada también por ARIÑO ORTIZ, G., LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., Y DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., *Principios de Derecho Público Económico...*, págs. 146 a 153, o por COSCULLUELA MONTANER, L., “Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales y de derecho comunitario europeo y los principios generales de derecho público económico” en *Estudios de Derecho Público Económico, Libro Homenaje al Prof. Dr. Sebastián Martín-Retortillo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, págs. 133 y ss. Por otra parte, GARCÍA LLOVET, E, en “Constitución Económica...”, op. cit., págs. 137 a 144, hace una distinción entre Cláusula de Comercio negativa, como regla delimitadora de competencias, y Cláusula de Comercio positiva, como regla atributiva de competencias, optando por considerar al art. 139.2 CE como una Cláusula de Comercio negativa.

⁶⁹ Tampoco lo está una parte de la doctrina. El concepto del art. 139 CE como regla de atribución o distribución de competencias es desechado entre otros, ALBERTI ROVIRA, E., *Autonomía Política...*, op. cit., págs. 254 a 264; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de...*, op. cit., págs. 266 a 271, donde recoge varios límites que derivan de la Unidad de la Nación, como el límite del interés general, el límite de la igualdad y, en nuestro caso, el límite de la Unidad de Mercado; MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, pág. 201; DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. *Mercado nacional único y Constitución*, Ed. CEPC, Madrid, 2008, págs. 40 a 62. El autor enmarca el art. 139.2 CE en su teoría de que la Unidad de Mercado no es una imposición constitucional, sino una elección permitida y amparada en la Constitución. Para el citado autor, el art. 139.2 CE no es una Cláusula de atribución de competencias, pero si un reflejo, en su caso, del concepto negativo de lo que es una Cláusula de Comercio.

es la de regular o garantizar la igualdad de condiciones en el comercio entre los Estados que lo integran. Quizás la más conocida es la Cláusula de Comercio en la Constitución Federal de los Estados Unidos⁷⁰, que establece en su art. I, sección 8, apartado 3: “El Congreso, tendrá potestad para regular el comercio con las naciones extranjeras, entre los diversos Estados y con las tribus de indias”.

Se puede observar una gran diferencia, al menos en su redacción, entre esta cláusula de la Constitución Federal de EE.UU y nuestro art. 139.2 CE. Pero lo que realmente las diferencia no es su redacción, sino su contenido. La Cláusula de Comercio está configurada como una norma de atribución de competencias. En esta definición se encuentra la primera de las diferencias. Si asumiéramos de forma inicial que el art. 139.2 CE es una norma estrictamente competencial, no lo sería en España de atribución *strictu sensu*, sino de reserva o de distribución. Como se ha desglosado en el apartado histórico, la Constitución de 1978 descentraliza políticamente un país anteriormente centralizado, que alcanzó su máxima integración. Por lo que el proceso de construcción nacional es a la inversa de lo que ocurre en países como Estados Unidos, donde el proceso fue de federalización o integración. Mientras que en España se descentraliza, allí la descentralización es su origen y la integración y unidad su finalidad.

Es el poder centralizado el que posee en origen –antes de la descentralización- la competencia sobre el comercio interior, por lo que la inclusión de un apartado como el del 139.2 CE no puede atribuir al poder nacional, o central, una competencia que ya es suya. En consecuencia, su inclusión dentro del texto constitucional cumpliría la misión de reservar o, más bien conservar esa competencia en el mismo nivel territorial en el que venía desarrollándose.

Hay que tener en cuenta, como apoyo a lo dicho, dos cuestiones. España redacta y aprueba la Constitución de 1978 a través de un poder constituyente *y constituido* –como

⁷⁰ Similar redacción se da al art. 75, inc., 13, de la Constitución de la República Argentina de 1994. Para un breve estudio sobre esta, véase ALBERTO MUÑOZ, A. (H), “La Cláusula de Comercio y sus implicaciones en el Federalismo Regulatorio”, en *Estudios de Derecho Público* (Dir. Alonso Reguera, E. M.), Ed. Asociación de docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires (Argentina), 2013, págs. 867 a 907.

poder de reforma, también definido como poder constituyente derivado-. Quiere decir esto que no se rompió con el modelo anterior, sino que se transformó y reformó el modelo anterior⁷¹. Lo cual quiere decir que el marco competencial no se crea de la nada o del acuerdo de los entes integrados, como algo nuevo, sino que todas las competencias eran –y son- del Estado, su titular originario. Con la creación de nuevos entes territoriales con capacidad legislativa, esas facultades han de repartirse, atribuyéndosela o distribuyéndolas, en este caso sí, a las Comunidades Autónomas.

Esto enlaza, como segunda cuestión, necesariamente con un modelo territorial concreto. El actual modelo territorial español ha sido definido y conceptuado de muy diversas formas⁷²: como Estado Cuasi federal, Estado Federal Cooperativo, Estado regional, Estado autonómico o Estado Unitario regionalizado o regionalizable. Todas ellas apoyadas en sus propios argumentos jurídicos. Pero parece que lo dicho hasta el momento, nos lleva a postularnos por considerar a España como un Estado Unitario descentralizable⁷³. No es objeto de esta tesis el estudio de los modelos territoriales, ni concretar a cuál pertenece nuestro Estado. Pero si apuntaré algún argumento breve sobre lo afirmado, que nos ayudará a encuadrar el Principio de unidad de mercado de la Constitución:

- Soberanía Nacional. El sujeto político soberano, con capacidad constituyente, es el pueblo español (art. 2.2 CE), como sujeto único. Las regiones o Comunidades Autónomas no son sujetos soberanos, con poder de decisión sobre su integración, como ocurre en los Estados Federales⁷⁴.

⁷¹ Para una definición del poder constituido, véase DE OTTO Y PARDO, I., *Derecho Constitucional...*, op. cit., págs. 63 a 65.

⁷² Algunas de ellas enumeradas y brevemente expuestas por CALONGE VELÁQUEZ, A., *Autonomía Política y Unidad de Mercado...*, op. cit., págs. 35 a 50.

⁷³ Así lo entienden VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., “La dimension européenne du constitutionnalisme espagnol”, *Revista Historia Constitucional*, núm. 14/2013, págs. 231 a 250, en especial, 245 y 246.

⁷⁴ En este sentido GARCÍA LÓPEZ, E., describe como “los nuevos sujetos comunitarios, pese a recibir una parte importante de poder del anterior Estado, y disponer de autonomía para su ejercicio en un territorio dado, no tienen, sin embargo, la naturaleza propia de Estados miembros de una federación o confederación política, sino que constituyen fragmentos de poder, de un Estado único, de carácter

Así ha sido reconocido por el TC, recordando que autonomía no es soberanía⁷⁵. Es de esta Soberanía nacional, indivisible, desde la que emanan todos los poderes del Estado, incluidas las Comunidades Autónomas y Entes Locales.

- Potestad suprema del Estado sobre la organización territorial⁷⁶. Esta potestad no es compartida con los entes integrados en niveles equitativos, como sí lo es en los Estados Federales. No, sino que es el Estado el que decide sobre la organización territorial, en distintas fases. En primer lugar, decide al introducir el principio autonómico en la Constitución; decisión que no negamos que estuviera orientada por diferentes condicionantes, pero decisión y no imposición al fin y al cabo; y decisión de los órganos centrales, no territoriales o regionales, que aún no existían. La decisión de las Cortes Constituyentes podía haber sido bien diferente: mantener el modelo centralista, permitir la autonomía solo de ciertas regiones y prohibirlo para otras, imponer el régimen autonómico, etc. Pero la decisión fue la que fue. Lo importante aquí es quien toma esa decisión y

«policéntrico», por cuanto todos los sujetos políticos están en condiciones de ejercitar de manera aislada, una parte importante del poder total” (GARCÍA LÓPEZ, E., “Estado de las autonomías...”, op. cit., págs. 107 a 142)

⁷⁵ Concretamente fue la STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3º donde se lee que, “ante todo, resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía -y aun este poder tiene límites-, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el art. 2 de la Constitución”

⁷⁶ En general, se reconoce al estado una posición de supremacía. El TC ha afirmado que la Constitución “contempla la necesidad -como una consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la Nación- de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad, tal y como establecen diversos preceptos de la Constitución tanto en relación a las Comunidades Autónomas, concebidas como entes dotadas de autonomía cualitativamente superior a la administrativa, como a los entes locales” (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3º) En palabras de SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de...*, op. cit., págs. 271 y 272, el Estado es una “*potentior persona*, y no un simple *primus inter pares*”.

son, en todo caso, los órganos de representación nacional, y no nace del conjunto de decisiones de órganos territoriales⁷⁷.

Siendo la decisión general o nacional sobre la organización territorial del Estado, sí se consulta en teoría, a los territorios, mediante la votación en el Senado, su Cámara de representación. De tal manera que da la impresión de que la decisión sobre el modelo territorial es una decisión conjunta entre los cuidados como nación y los territorios. Pero no debemos olvidar que el Senado es una Cámara de representación territorial, que no es lo mismo que representación autonómica. Los Senadores se escogen en su mayoría por la Provincia o, en su caso, por Islas (art. 69 CE). Hay que añadir que la decisión de reforma del modelo territorial, si bien requiere la votación en el Senado, esta queda bastante diluida, pues no puede oponer veto, ni como Cámara, ni los territorios representados (art. 90.1 y 90.2 CE *a sensu contrario*) y no requiere de la mayoría cualificada de 3/5, sino que se puede proceder tan solo con su mayoría absoluta (art. 167.2 CE). Por no decir que la propia decisión por la que el Senado se pronuncia es, de nuevo, producto de la decisión nacional en el momento constituyente.

En segundo lugar, porque es el Estado el que aprueba y sanciona los Estatutos de Autonomía, mediante Ley Orgánica (arts. 81 y 147.3 CE). No es la Comunidad Autónoma la que se dota de su propio Estatuto, más allá de la redacción de su texto y de la aprobación del Proyecto en su cámara legislativa, que ha de ser aprobado definitivamente en Cortes Generales, y en algunos casos, con referéndum territorial (art. 152.2 CE)⁷⁸.

⁷⁷ A esto se suma la posibilidad de modificar o incluso derogar y eliminar el Principio Autonómico. La regulación que la Constitución hace para su propia reforma permite modificar y cambiar el modelo territorial, reforma que se lleva a cabo exclusivamente en las Cortes Generales, sin la connivencia de las Comunidades Autónomas, y por el procedimiento menos agravado del art. 167 CE.

⁷⁸ Respecto de los Estatutos de Autonomía, exigen referéndum del cuerpo electoral para la aprobación de la reforma, son: arts. 56 y 57 del Estatuto de Autonomía de Galicia, arts. 248 y 249 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, arts. 46 y 47 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, arts. 222 y 223 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y art. 200 del Estatuto de Autonomía de Canarias. Con diferente dicción, estableciendo la posibilidad de este no se celebre ante determinadas reformas: art. 81 del

Y, en tercer lugar, el Estado posee cierta capacidad de modificar el territorio inicial de una CCAA, incluyendo en él provincias que no han manifestado su iniciativa de integrarse en aquella, incluso de constituirla sin el beneplácito de los territorios afectados como cláusula de cierre de sistema, motivado en el interés general (art. 144 CE)⁷⁹.

- El Principio autonómico como principio dispositivo. La posibilidad de constituir una región en Comunidad Autónoma, no es más que eso, una posibilidad, no un imperativo. El mapa autonómico no viene cerrado en la Constitución. Son las mismas regiones –concretamente los municipios y provincias que las conforman y, en algunos casos el Estado-, las que deciden si quieren iniciar el proceso de creación de una Comunidad Autónoma⁸⁰. De tal manera que puede haber

Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, art. 115 del Estatuto de Autonomía de Aragón y art. 91 del Estatuto de Autonomía de Extremadura,

⁷⁹ Esta previsión constitucional fue utilizada, por ejemplo, para la inclusión de la provincia de Segovia en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, mediante Ley Orgánica 5/1983 de 1 de marzo, sobre incorporación de Segovia a la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Resultó confirmada la constitucionalidad de la norma por la STC 100/1984, de 8 de noviembre. Caso diferente fue el de la provincia de León, aunque en ambos casos se pretendía la formación de una Comunidad Autónoma uniprovincial (como dentro de este marco habían conseguido Cantabria y La Rioja). La provincia de León manifestó su deseo de no integrarse en la Comunidad Autónoma de Castilla y León tras haber accedido en un primero momento a su integración. En este caso se entendió que, aun en contra de su voluntad, debía permanecer integrada en la misma (STC 89/1984, de 28 de septiembre). Por último y, en esta línea, la situación de la provincia de Almería, que ejerció su derecho a no iniciar el proceso autonómico y no integrarse, como consecuencia, en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Se integró igualmente en esta, mediante la modificación del art. 8 de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre la regulación de las distintas modalidades de Referéndum (por Ley Orgánica 12/1980, de 16 de diciembre, de modificación del párrafo cuarto del artículo octavo de la Ley Orgánica reguladora de las distintas modalidades de referéndum, para que se entendiera el voto afirmativo a ejercer la iniciativa autonómica, como el voto en el conjunto del territorio de la “futura” Comunidad Autónoma, y no en cada una de sus provincias.

⁸⁰ El TC ha diferenciado entre el derecho a la autonomía, que corresponde a las nacionalidades y regiones, y contemplado en el art. 2 CE y el derecho a ejercer la iniciativa del art 143 CE (entre otras, STC 100/1984, de 8 de noviembre, FJ 3º)

regiones que no estén interesadas en este modelo, o incluso, se podría dar el hecho de que una Comunidad Autónoma ya constituida, inicie el proceso para dejar de serlo.

Otra manifestación del Principio Dispositivo es la posibilidad de suspender una autonomía. El art. 155 CE permite al Gobierno de la Nación tomar las medidas que sean oportunas sobre una Comunidad Autónoma, para que las actuaciones de esta no menoscaben el interés general. Una de estas medidas, es la suspensión de la autonomía de la Comunidad Autónoma, mediante la intervención de alguna o de todas sus competencias, asumiendo estas el Estado.

Por lo dicho, y como ya anunciaba, el contenido del art. 139.2 CE no es una regla competencial –y menos aún de atribución de competencias-, sino de una regla que delimita la capacidad de todos los poderes públicos, *rectius* Autoridades en la CE⁸¹. No es una regla de distribución o atribución de competencias. Ni siquiera se trata de una regla que trate de reservar o conservar cierta competencia sobre el comercio interior, pues como veremos en el siguiente punto, las reglas competenciales en este sentido se encuentran en otros artículos del texto constitucional.

En consecuencia, las disposiciones del art. 139 CE no persiguen lograr la unidad del mercado⁸² en un estado descentralizado como el nuestro, pues este ya está unido en origen, sino la de preservar este y garantizarlo⁸³, ejerciendo como límite a las potestades

⁸¹ A semejanza de lo que establece la Constitución de la república Italiana de 1947 en su art. 120, si bien esta solo se aplica a los entes regionales, y no a todas las autoridades.

⁸² Entre los autores que atribuyen a la Unidad de Mercado una naturaleza finalista, por la cual, la Unidad de Mercado es un objetivo que ha de perseguirse, ALONSO MAS, M^a. J., “Los títulos competenciales”, en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014, págs. 234 a 246. Sin embargo, como ya se ha tratado, no puede ser un objetivo la consecución de la Unidad de Mercado, pues esta es una realidad anterior a la aprobación de la Constitución de 1978, descentralizadora.

⁸³ ALBEETI ROVIRA, E., “La cláusula de libre circulación y la garantía de la Unidad del Mercado interno”, *Revista de Estudios Constitucionales*, núm. 14 Enero – Abril 1993, págs. 35 a 63, o URRUTIA LIBARONA, I.,

normativas y ejecutivas de las Administraciones Públicas. Las otras teorías expuestas, tienen en común la finalidad de la consecución de la unidad de mercado de la norma del 139 CE, pero no la finalidad garantista, aseguradora o preservadora, como aquí se afirma. Y como tal, es un límite a la actuación de las Autoridades⁸⁴.

Su naturaleza limitadora ha sido avalada por el Tribunal Constitucional⁸⁵ y recogida en algunos Estatutos de Autonomía⁸⁶, aunque tan solo para algunas competencias sectoriales. No obstante, no solo es limitadora de competencias sobre comercio interior o economía, sino sobre todo el abanico de competencias, cuando estas afecten a las libertades que integran la unidad de mercado⁸⁷.

3.3.2.1 Competencias Estatales

Con el fin de asegurar la unidad de mercado, la propia Constitución ha hecho una reserva en exclusiva al Estado de ciertas materias con incidencia económica más trascendental⁸⁸, sustrayendo estas de la pluralidad normativa que conlleva la descentralización política⁸⁹.

“La configuración legal de la unidad de mercado y estado autonómico” en Revista española de Derecho Administrativo núm. 175/2016, págs. 195 a 236.

⁸⁴ Incluso hay autores, que le otorgan la naturaleza al Principio de unidad de mercado de Principio interpretador. Así, ARIÑO ORTIZ, G., Revista “Situación. Evolución económica internacional. Luces y sombras.” Ed. Banco de Bilbao, (Vizcaya) núm. 3/1983, págs. 54 a 64, donde dice que Unidad del orden económico nacional, “constituye principio esencial de interpretación, por su carácter estructural, ante cualquier conflicto laguna que pueda presentarse”. También en esa dirección, pero concediéndole un papel más limitado como Principio interpretativo, ALBERTI ROVIRA, E. *Autonomía política...*, op. cit., págs. 264 a 266.

⁸⁵ STC 14/1989, de 26 de enero, o STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 5º.

⁸⁶ Por ejemplo, Estatuto de Autonomía de Andalucía, art. 58.1.1º; Estatuto de Autonomía de Aragón, art. 71.25º; Estatuto de Autonomía de Cataluña, art. 121.1.c; Estatuto de Autonomía, art. 32.42º.

⁸⁷ GARCIA LLOVET, E., “Constitución Económica...”, op. cit., pág. 142.

⁸⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho Administrativo Económico. Tomo I.* op. cit. 118 y 119.

⁸⁹ Para un estudio general de la distribución de competencias en materia economía en España, véase, MUÑOZ MACHADO, S., “Las competencia en materia económica del Estado y de las Comunidades Autónomas”, en *La distribución de competencias económicas entre el poder central y las autonomías*

El TC confirma que para la consecución de los objetivos de carácter económico que se fijan en la CE, es necesaria la adopción de medidas económicas aplicables en todo el territorio nacional. Por ello, “la Constitución retiene en poder del Estado, como exclusivas en su integridad, aquellas competencias que atañen a determinados aspectos del orden económico y su integridad”⁹⁰. Es también el TC quien ha sentenciado que cuando estamos ante un elemento definitorio del mercado, y su unidad lo es, “no sólo la formación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional habrán de atribuirse al Estado”⁹¹.

Quizás estas competencias, entendidas como bloque, sí puedan ser entendidas como una Cláusula de Comercio en la Constitución española, no como clausula atributiva de competencias, pero sí como cláusula que conserva en poder del Estado potestades que afectan directamente al comercio interregional, intrarregional o, si se quiere, interior.

Esta reserva competencial del Estado se lleva a cabo en dos intensidades. Hay competencias exclusivas del estado en su integridad y por lo tanto excluyentes, y competencias exclusivas del Estado de fijación de bases.

a) Legislación mercantil

Por una parte, el Estado tiene competencias en una materia, que si bien pertenece al Derecho Privado, es de suma importancia para garantizar la unidad de mercado. Nos referimos a la competencia sobre legislación mercantil (art. 149.1.6º CE). Una misma legislación mercantil en todo el territorio nacional garantiza la unidad de las reglas de mercado que rigen las relaciones entre empresarios⁹². Esto incluye reglas contractuales,

territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española (Dir. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.), Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, págs. 310 a 387. Y en particular, sobre aquellas que sirven como garantía a la unidad de mercado FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. “Las competencias del Estado como garantía de la unidad de mercado en la jurisprudencia constitucional”, en *Ars Juris Salmanticensis*, núm. 3/2015 (junio), págs. 43 a 76.

⁹⁰ STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1º.

⁹¹ STC 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 6º.

⁹² Así es entendido por ARIÑO ORTIZ, G., *Revista Situación* (Evolución económica internacional. Luces y sombras), núm. 3, 1983, 54 – 64. Ed. Banco de Bilbao (Vizcaya), por OLIVENCIA RUIZ, M., “El Título

de competencia, publicidad, etc., que siendo las mismas para todos los operadores económicos, excluye la posibilidad de diferencias que alteren el mercado y quebranten su unidad.

Lo mismo se puede decir de la legislación sobre propiedad intelectual e industrial, la legislación en materia laboral y de Seguridad Social, o el régimen aduanero y arancelario⁹³ (art. 149.1.7ª, 9ª, 10ª y 17ª CE), materias que pueden afectar a la igualdad de los operadores económicos en el mercado.

b) Art. 149.1.1º CE y la competencia del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales

En segundo lugar, el art. 149.1.1º confiere al Estado la regulación de las “condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”.

Por lo tanto, el Estado regulará el núcleo básico de los derechos reconocidos en la CE. Algunos de ellos, con trascendencia en el mercado, son el derecho a la Propiedad Privada

Preliminar de la Propuesta Código Mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil* (Aranzadi), núm. 290/2013 (octubre – diciembre), págs. 11 a 25, o por TENA PIAZUELO, V., *La Unidad de Mercado...*, op. cit., pág. 56. No están de acuerdo, sin embargo, con esta afirmación, GETE-ALONSO CALERA, Mª del C., “Las nociones de mercantilidad del proyecto de Código Mercantil. Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I - núm. 4/2014 (octubre – diciembre), pág. 27 a 65, quien reseña que “no puede confundirse unidad del mercado con la unidad normativa” (pág. 48), o GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, J., “Competencia exclusiva del Estado sobre la ‘legislación mercantil’”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo V (Coord. MARTÍN-RERORTILLO BAQUER, S.), Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 4084 a 4092, quien no cree que “el principio de la unidad de mercado justifique la atribución al Estado de la competencia sobre toda la ‘legislación mercantil’”, permitiendo cierta entrada en esta a las CCAA, siempre que no suponga la vulneración el art. 139 CE.

⁹³ Sobre el régimen aduanero y arancelario, hay que destacar la entrada de España en la hoy denominada Unión Europea. La entrada supuso la cesión a las Instituciones Comunitarias del ejercicio de ciertas competencias sobre aduanas y aranceles, necesarias para lograr la Unión aduanera. Las fronteras ahora son comunes con los terceros países no miembros de la UE, y el arancel es el mismo en toda la UE. Impidiéndose las aduanas interiores en y entre los Estados miembro (TFUE).

(art. 33 CE), o la Libertad de empresa (art. 38 CE), o las Libertades de circulación y establecimiento, que encuadran el núcleo de la unidad de mercado.

Esta regulación del núcleo esencial de los derechos, en nuestro caso económicos, trae como consecuencia la unidad de mercado ¿Por qué? Porque permite que quede a salvo la igualdad básica de los españoles en el ejercicio de actividades económicas, igualdad que como ya se ha dicho, es uno de los pilares de la unidad de mercado, e impide modificaciones por parte de CC.AA., que afecten a las condiciones básicas en que se ejercen estos derechos por los operadores económico⁹⁴. Se preservan, por tanto, las mismas condiciones de mercado para todos, negando la posibilidad de que, en función del territorio, las condiciones elementales de mercado varíen, quebrantando su unidad.

c) Dirección, Planificación y Ordenación económica

Otra de las competencias del Estado con importancia por su gran incidencia en la economía y en la unidad de mercado, es la dirección, planificación y ordenación económica.

El poder de dirección, planificación y ordenación de la economía, son facultades reservadas en Estado, y concretamente al Gobierno de la Nación (arts. 97 CE como poder general de dirección, arts. 131 CE, 149.1. 7º y 13º CE en el plano concreto de la economía), y lo son por la misma exigencia constitucional de la unidad de mercado⁹⁵. La planificación territorial de la economía, si bien está permitida, debe sujetarse a la planificación general, y respetarla evitando así las distorsiones y disfunciones que alteran esa misma unidad⁹⁶.

⁹⁴ STC 64/1990, de 5 de abril, FJ3º, la cual dice que "sin la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone".

⁹⁵ SANTOLAYA MACHETTI, P., *Descentralización y Cooperación*, Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, pág. 356 lo expresa así: "Por lo tanto, de forma absolutamente necesaria, la intervención del Estado en la dirección de la economía se va a sobreponer en alguna medida al reparto constitucional de las competencias materiales, por la necesidad de estructurar una unidad económica del conjunto del Estado".

⁹⁶ La mayoría de los Estatutos de Autonomía asumen competencias de este tipo, pero en consonancia – añadiendo, por ejemplo, la expresión "sin perjuicio" – con la dirección, planificación y ordenación de la

Esto nos lleva, además, a que el Estado mantenga en su poder de forma exclusiva la regulación de instrumentos de política económica -crediticia, laboral o por ejemplo monetaria, en la medida que no está cedida a la UE-.

d) Hacienda general y sistema tributario

No debemos dejar de estudiar las competencias del art. 149.1.14ª, de la Hacienda General. Esta competencia debe ponerse en consonancia con el resto de preceptos constitucionales sobre la Hacienda española. Entre ellos destaca el 157.2 CE, que es un reflejo en esta materia sobre la unidad de mercado y de las Libertades económicas que la integran, al decir que “Las Comunidad Autónomas no podrán en ningún caso, adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías y productos”.

De nuevo se configura la libertad de circulación como un límite al ejercicio de las competencias, en este caso tributarias, de las Comunidades Autónomas.

El sistema tributario español se erige sobre un cimiento de origen Estatal, pues es el Estado el que tiene la “potestad originaria” para establecer tributos (art. 133.1 CE). Pero no solo el Estado lleva a cabo gasto público, sufragado, entre otros, por los tributos. De ahí que el apartado segundo del art. 133 CE, permita a las Comunidad Autónomas y a las Corporaciones locales establecer y exigir tributos, dentro del marco de la Constitución y de la Ley.

Pero dentro de esta posibilidad, debe enmarcarse el límite ya mencionado del art. 157.2 CE. ¿Cómo se articula y garantiza que no se obstaculice la Libertad de Circulación? Es el Estado, mediante Ley Orgánica, el que puede regular el ejercicio por parte de las CCAA de sus competencias financieras. Se aprobó, para ello, la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante LOFCA)

La LOFCA reitera como principio de la actividad financiera de las Comunidades Autónomas, el de no “implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales ni

economía que realice el Estado. Entre otros: EA Andalucía art. 48.3; EA Aragón art. 71.33ª; EA Comunidad Valenciana art. 49.3; EA Galicia art. 30.1; EA País Vasco art. 10.25ª. El resto poseen artículos de dicción similar.

suponer la existencia de barreras fiscales en el territorio español, de conformidad con el apartado 2 del artículo 157 de la Constitución” (art. 2.1 a), así como no “suponer obstáculo para la libre circulación de personas, mercancías y servicios capitales, ni afectar de manera efectiva a la fijación de residencia de las personas o a la ubicación de Empresas y capitales dentro del territorio español, de acuerdo con lo establecido en el artículo segundo, uno, a), ni comportar cargas trasladables a otras Comunidades” (art. 9, letra c).

La misma previsión se hace en el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en adelante TRLRHC), cuyo art. 6, al enumerar los principios de la tributación local, dice en su letra c), que las Entidades Locales, al establecer sus Tributos, deben respetar el Principio de “No implicar obstáculo alguno para la libre circulación de personas, mercancías o servicios y capitales, ni afectar de manera efectiva a la fijación de la residencia de las personas o la ubicación de empresas y capitales dentro del territorio español”

Por lo tanto, la competencia del Estado sobre la Hacienda general, y más concretamente, sobre la financiación de las Comunidades Autónomas y Entes Locales, es una garantía a la Libertad de circulación y de establecimiento, garantía, en última instancia, de la unidad de mercado.

e) Comercio Interior

El comercio interior ha sido definido por TORNOS MAS, J., como “la actividad consistente en situar y ofrecer en el mercado interior productos, naturales o elaborados, por cuenta propia o ajena, así como servicios, bajo cualquier forma de comercialización, vena o prestación”⁹⁷. Esta es una de las materias que, por no estar incluida como tal en los catálogos de competencias de la Constitución (art. 51.3 CE), ha sido necesario interpretarla.

⁹⁷ TORNOS MAS, J., “El concepto de comercio interior”, en la obra colectiva “Derecho de la Regulación Económica. Tomo IX. Comercio interior (Tomo I)”, (Dir. MUÑOZ MACHADO, S. Y ROBOLLO PUIG, M.), Madrid, 2013, pág. 61, evolución de la definición ofrecida por TORNOS MAS, J., “Comercio Interior”, op. cit. págs. 557 y ss.

El art. 149.3 CE permite a las Comunidades Autónomas –y de hecho así lo han efectuado– asumir aquellas competencias que no estén atribuidas en exclusiva al Estado, si así lo recogen en sus respectivos Estatutos. Y el comercio interior solo es mencionado en la Constitución en el art. 51, haciendo una reserva de Ley a la materia. No obstante, el Estado ya no tiene el monopolio legislativo.

De esta forma, algunas Comunidades Autónomas al principio, todas después, asumieron la competencia en comercio interior⁹⁸. No cabe aquí la discusión sobre si se trata de una materia que por su propia naturaleza podría ser considerada como estatal, que debe quedar necesariamente para otro estudio. Lo que aquí nos interesa es explicar el encuadre que se ha dado a la misma, con el fin de que no peligre a unidad de mercado, por crear desigualdades y disfunciones ilegítimas.

Lo cierto es que el comercio interior es una materia que comparte espacio con otras materias que si se incluyen en las listas competenciales. Así, dentro del comercio interior, se pueden observar normas de carácter mercantil y normas de Derecho Administrativo. Además, puede ser un instrumento de la política y planificación económicas. Es por ello que, si bien es cierto las Comunidades Autónomas han asumido esta competencia, lo es también que está sometida a los límites que hemos estado viendo, como son la unidad de mercado, la planificación y dirección estatal de la economía, y el respeto al resto de las competencias estatales⁹⁹. Así, TORNOS MÁS. J., lo resume al decir que “el Estado asumirá aquellos aspectos del comercio interior que condicionan la ordenación general de la economía, mientras que las Comunidades Autónomas asumen las manifestaciones territoriales de este sector de la actividad

⁹⁸ Este proceso es explicado con mayor profundidad por MIGUEZ MACHO, L., *La intervención administrativa...*, op. cit., págs. 156 a 159.

⁹⁹ Los propios Estatutos de Autonomía, en su mayoría, han incluido algunos de estos límites al regular la competencia sobre esta materia. No sería, igualmente, necesario, pues estos intervienen por prescripción constitucional.

económica que pueden ser ordenados sin trascendencia extraterritorial y sin afectar a la política económica global”¹⁰⁰

f) Competencias de armonización y coacción estatal o competencias de control

Como último escalón en las competencias estatales que pretenden garantizar la unidad del mercado español, nos encontramos con dos disposiciones que, si bien son genéricas y pueden ser aplicadas en cualquier sector, pueden tener una relevancia importante en cuanto a la unidad de mercado. No se tratan de competencias materiales del Estado, sino de competencias o facultades de intervención del Estado en las Competencias materiales o actuaciones de las CCAA.

La primera de ellas, es la posibilidad de articular Leyes de Armonización, siguiendo el criterio y los tramites del art. 150. 3 CE¹⁰¹, el cual nos dice que “El Estado podrá dictar

¹⁰⁰ TORNOS MAS, J., “Ordenación constitucional del Comercio”, en la obra colectiva, “Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría” (Coord. MARTÍN-RERORTILLO BAQUER, S.)Ed. Civitas, Madrid, 1991, Tomo V, pág. 4132.

¹⁰¹ Hasta ahora, solo se intentó en una ocasión la aprobación de una Ley de Armonización. Tal fue el Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA), aprobada por las Cortes Generales el 29 de julio de 1982. Diputados de distintas fuerzas políticas (Partido Comunista, Minoría catalana, Partido Nacionalista Vasco y miembros del Grupo Mixto), plantearon un Recurso Previo de Inconstitucionalidad, el cual concluyó en una declaración de inconstitucionalidad por STC 76/1983, de 5 de agosto. En la materia estudiada en la presente tesis doctoral, la LOAPA recogía en el art. 2.1, lo que ya en 1981 y posteriormente sentenció el TC sobre las competencias que puedan afectar a las Libertades de Circulación y de Establecimiento. El precepto dictaba de la siguiente forma: “Siempre que la Constitución o los Estatutos de Autonomía de las diferentes Comunidades Autónomas empleen las expresiones “bases”, “normas básicas”, “legislación básica” u otras de idéntico significado para referirse a la competencia normativa del Estado, se entenderá que corresponde a las Cortes Generales o, en su caso, al Gobierno la determinación de los principios y reglas esenciales de la regulación de la materia de que se trate y, en todo caso, los criterios generales y comunes a que habrán de acomodarse necesariamente las normas autonómicas de desarrollo para garantizar la igualdad básica de todos los españoles, la libertad de circulación y establecimiento de personas y bienes en todo el territorio español y la imprescindible solidaridad individual y colectiva”.

Por su parte, el art. 1 LOAPA, venía a definir el art. 139 CE como un deber que debe regir en la actuación de las Comunidades Autónomas, cuando dice que “El ejercicio de dichas competencias [exclusivas de las CCAA] no será obstáculo para la actuación por el Estado de las que a éste se reservan por la Constitución, ni podrán excusar el exacto cumplimiento por las Comunidades Autónomas de los deberes que ante el

leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a las competencias de estas, cuando así lo requiera el interés general”¹⁰².

Las Leyes de Armonización, son leyes de Principios, de guía de la normativa autonómica que no debe agotar la regulación de materia, pues eso supondría la posibilidad de vaciar a las CCAA de sus competencias. Es, además, un recurso excepcional, que sólo es oponible cuando el Estado no pueda alcanzar esa armonización por medio de sus otros recursos y competencias¹⁰³. Por lo tanto, y según lo que ya hemos visto sobre las competencias del Estado, su virtualidad práctica queda mermada, pues sobre la unidad de mercado, el Estado tiene muchos otros instrumentos que puede utilizar lograr su garantía.

Por otro lado, existe la posibilidad de aplicar el art. 155 CE. Recordemos que la unidad de mercado es un reflejo de la unidad de la Nación. Un ataque o actuación contraria a la unidad de mercado es un ataque, en definitiva, contra la unidad de España. Esta es una razón que justifica la aplicación de esta previsión¹⁰⁴.

propio Estado y los ciudadanos españoles les imponen la Constitución y, en especial, los artículos 138 y 139 de aquella”.

Es interesante notar que en el Dictamen 5/2014, de 14 de febrero, el Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña, se planteó la cuestión de si la LGUM era o no una Ley de Armonización y cuestionando por lo tanto su constitucionalidad por no seguir los tramites del art. 150.3 CE. Tal valoración como Ley de Armonización fue finalmente rechazada, por no ajustarse a los criterios del TC sobre las Leyes de armonización. Más concretamente a su naturaleza de norma de cierre del sistema (FJ Segundo, punto 1) No se rechazó sin plantear dudas sobre la utilización de la Legislación básica del Estado como mecanismo material, que no formal, de uniformización y de armonización.

¹⁰² Un estudio sobre este tipo de leyes como mecanismo de control, GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, J.M^a., “Control y Autonomías”, Ed. Civitas, Madrid, 1896, págs. 103 a 105. Véase también, PASCUA MATEO, F., “Las Leyes de Armonización: esbozo de una construcción dogmática”, Revista de Administración Pública (CEPC), 167/2005, mayo-agosto, págs. 147 a 192. Tampoco puede dejar de analizarse la STC 76/1983, de 5 de agosto, que resuelve el recurso contra la LOAPA.

¹⁰³ Sobre este extremo, DE OTTO Y PARDO, I., *Derecho Constitucional...*, op. cit., págs. 273 y 274.

¹⁰⁴ Si lo ha expresado el Tribunal Constitucional, al expresa la STC 89/2019, de 2 de julio, FFJJ 4^º, 12^º y 13^º, que recoge la posibilidad de la aplicación del art. 155 CE cuando por parte de una Comunidad Autónoma existe una actuación que pueda quebrantar la unidad de la nación.

No obstante, este es un mecanismo de último recurso, excepcional y extraordinario¹⁰⁵, agotadas en resto de las vías. Teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, un ataque al interés general de este tipo, solo puede provenir de la desobediencia por parte de la Administración de una Comunidad Autónoma, por no ajustarse en su actuación a las normas constitucionales o a las dictadas en la materia por los órganos centrales del Estado¹⁰⁶.

Tal mecanismo solo puede hacerse valer ante las CCAA, lo cual no quiere decir que no se hayan articulado mecanismos similares para los Entes Locales. Así, el art. 67.1 de la Ley de Bases de Régimen Local, señala lo siguiente: “Si una Entidad local adoptara actos o acuerdos que atenten gravemente al interés general de España, el Delegado del Gobierno, previo requerimiento para su anulación al Presidente de la Corporación efectuado dentro de los diez días siguientes al de la recepción de aquéllos, podrá suspenderlos y adoptar las medidas pertinentes para la protección de dicho interés”. Entre esas medidas, encontramos la obligación de impugnarlo ante la Jurisdicción C-A (art. 67.3 LBRL)

3.3.3 Principio de colaboración entre administraciones

Otro mecanismo constitucional que permite asegurar o garantizar la unidad de mercado, es la potestad del Estado para establecer fórmulas de coordinación y cooperación -nacidos del Principio de colaboración¹⁰⁷- que a continuación analizamos,

¹⁰⁵ STC 6/1982, de 22 de febrero, FJ 7º, donde al recoger el sistema de controles sobre las CCAA, lo denomina “el control extraordinario”. En el mismo sentido, la STC 89/2019, de 2 de julio, FJ 4º y STC 90/2019, de 2 de julio, FJ 4º.

¹⁰⁶ En este sentido, GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, J.Mª., señala que el presupuesto material para la aplicación de la coacción estatal del art. 155 CE, se circunscribe actuaciones imputables a la CCAA, que no sea susceptible de amparo ante una vía ordinaria de control, lo que prácticamente solo cabe cuando los poderes públicos de la CCAA no respetan el efecto suspensivo de las vía del art 161.2 CE, o se trate de un supuesto particularmente grave del incumplimiento de deberes legales o constitucionales (GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, J.Mª, *Control y Autonomías*, Ed. Civitas, Madrid, 1896, págs. 103 a 105.

¹⁰⁷ Sobre este Principio de forma general en España y su plasmación jurisprudencial, véase SANTOLAYA MACHETTI, P., *Descentralización...*, op. cit.; y más recientemente, SÁENZ ROYO, E., “La participación de la

que por ser a su vez, un Principio de garantía de la unidad de mercado, hemos considerado conveniente exponerlo en un epígrafe separado.

En el momento en que actúan sobre un mismo lugar o sobre materias conexas dos o más Administraciones, deben articularse mecanismos de coordinación y de cooperación entre ellas. De lo contrario, se vería perjudicado el interés general, pues las administraciones no podrían actuar como la Constitución les obliga, bajo el principio de eficacia.

El TC ha reconocido, porque así se desprende de la Carta Magna¹⁰⁸, que el Estado tiene competencias para establecer instrumentos, mecanismos y fórmulas de cooperación y de coordinación¹⁰⁹. La diferencia sustancial entre coordinación y cooperación está en la jerarquía. Si bien en la cooperación se reconoce que los entes u órganos poseen el mismo nivel jerárquico, sin que uno esté por encima de otro, sino que se sitúan al mismo nivel, la coordinación es al contrario, pues exige de uno que coordine al resto, que serán los coordinados¹¹⁰.

comunidades autónomas en la toma de decisiones estatales”, en *Cooperación y reparto competencial en los Estados descentralizados*, Institut d’Estudis Autònomic, Barcelona, 2013, págs. 189 a 199.

¹⁰⁸ STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 14º, dice que el “deber de colaboración [...] que no es menester justificar en preceptos concretos, se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución, aunque no es ocioso recordar que el principio de coordinación, en relación con las Comunidades Autónomas se eleva por la norma fundamental a la consideración de uno de los principios de actuación (arts. 103.1 y 152)”.

¹⁰⁹ Así, por ejemplo, la STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 2º, que afirma que “la unidad misma del sistema en su conjunto, en el que diferentes entidades autónomas se integran, así como el principio de eficacia administrativa (art. 103 CE) que debe predicarse no solo de cada Administración Pública, sino del entero entramado de los servicios públicos, permiten, cuando no imponen, al legislador establecer fórmulas y cauces de relación entre unas y otras Administraciones locales y de todas ellas con el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que para la gestión de sus intereses respectivos les correspondan”.

¹¹⁰ En cuanto a lo que comprende la coordinación el TC ha mencionado que la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y autonómicas y locales en el ejercicio de sus respectivas competencias de tal modo que se logre

Sin ser este el foro donde deba discutirse sobre esta formulas, su naturaleza y utilidad, solo queremos mencionar su propósito. Este Principio trata de proveer de mecanismos de actuación temprana o anterior a las actuaciones que puedan suponer la infracción de la unidad de mercado, tanto para detectarlas, como para eliminarlas sin necesidad de intervención judicial o para no generarlas. También puede resultar en una armonización voluntaria, mediten objetivos, directrices o acuerdos, e incluso como mecanismo de resolución de conflictos¹¹¹.

3.3.4 Principios de proporcionalidad y de necesidad

Con relación a la unidad de mercado, el TC ha exigido que la normativa o legislación de que le incida debe respetar estos Principios, pues de lo contrario, la norma sería contraria a la regulación constitucional de la unidad de mercado.

En consecuencia, puede que la norma cree o mantenga obstáculos a las libertades de circulación y/o de establecimiento, o que en cierto sentido, no respete la igualdad en las condiciones básicas en el ejercicio de una actividad económica, pero que estas no sean contrarias a la unidad de mercado por ser supuestos constitucionalmente admitidos. Pero para ello deben reunir tres condiciones:

- Que la autoridad que regule tenga competencia en la materia.
- Que se apoye en un fin constitucionalmente lícito, o lo que es lo mismo, que se alegue el Principio de Necesidad.
- Que el obstáculo o restricción guarde relación con ese fin, es decir, que se respete el Principio de Proporcionalidad¹¹².

la integración de actos parciales en la globalidad del sistema (STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2º y STC 42/1983, de 20 de mayo, FJ 2º)

Sobre las diferencias entre cooperación u coordinación –como manifestaciones de la colaboración–; AA.VV “Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo”, Ed. Thomson / Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2004, en especial, págs. 62 y ss.

¹¹¹ CALONGE VELÁQUEZ, A., *Autonomía Política y Unidad de Mercado...*, op. cit., págs. 103 a 105.

¹¹² STC 64/1990, de 5 de abril, en cuyo FJ 5º, la cual explica jurisprudencialmente estos dos Principios, exigiendo, para el Principio de proporcionalidad, que exista “una relación de causalidad entre el legítimo

En ese caso, no serán actuaciones contrarias a la unidad de mercado, ni subsumidas en las prohibiciones de los puntos primero y segundo del art. 139 CE, aunque incidan sobre su materia.

objetivo que se pretenda y la medida que para su consecución se provea, asegurándose de su adecuación y proporcionalidad”.

CAPÍTULO II

Naturaleza y funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

Una vez analizada la evolución y el significado actual de la unidad de mercado en nuestro ordenamiento constitucional, debemos ahora hacer igualmente un estudio inicial del organismo público al que se le ha encargado velar por su garantía en España, a saber, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC). Esta es la otra pata de esta tesis, cuyo objeto es, precisamente, las funciones de la CNMC sobre protección y garantía de la unidad de mercado.

Con esta intención, y al igual que en capítulo anterior, debemos antes hacer un breve paso por la historia de la CNMC, para posteriormente situarla en nuestro tiempo y destacar su naturaleza jurídica, su estructura, sus funciones y su funcionamiento. También conviene que situemos a este tipo de organizaciones administrativas en el mapa jurídico. Pero antes de todo ello, debemos ver las razones jurídicas por las que la CNMC es el organismo adecuado para velar por la unidad de mercado.

1.1 La relación entre el Principio de libre competencia y el Principio de unidad de mercado

Debemos dedicar un espacio, aun breve, para examinar la relación que existe entre la defensa de la competencia y la unidad de mercado. De esta forma, entenderemos mejor las razones del legislador para atribuir la garantía de la unidad de mercado al órgano encargado de la defensa de la competencia. Además, una parte de la doctrina ha dudado de la conveniencia o utilidad de atribuir un papel a la CNMC como garante de la unidad de mercado¹¹³.

¹¹³ Véase SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “El contencioso de la unidad de mercado”, en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentario a la Ley de garantía de la Unidad de Mercado* (Dir. Alonso

Pues bien, podemos decir que la libre competencia y la unidad de mercado comparten gran parte de su base jurídica. Algo ya hemos mencionado al respecto en nuestro análisis de la configuración constitucional de la unidad de mercado, y no vamos a reiterarlo aquí. Mas es conveniente añadir algún postulado adicional.

Así la libre competencia es consecuencia necesaria de la adopción de la economía de mercado como sistema económico, adopción que se hace en nuestro ordenamiento a través del art. 38 CE. Pero este precepto no solo establece para nuestro país una Economía de Mercado, sino que reconoce dentro de ella la libertad de empresa. Esta libertad ha sido tratada por nuestros Tribunales, que la han dotado de un significado concreto, que ya hemos analizado. Y es la conjunción de la libertad de empresa, dentro de una economía de mercado, la que da como resultado la existencia de la libre competencia.

La libre competencia es un concepto, a mi juicio, de difícil definición jurídica, por poseer fronteras con ámbitos de la política y de la economía. Es por ello por lo que comenzaré citando algunas de las características propias de un mercado donde se da la competencia. Así, diría ARIÑO ORTIZ, G., que el régimen de las actividades competitivas está presidido por cuatro libertades¹¹⁴: libertad de entrada en el mercado, libertad de acceso al mercado (instalaciones y redes), libertad de formación de decisiones empresariales (por ejemplo, de determinación o formación de precios) y libertad de inversión.

Mas, M. J.), Ed. La Ley, Madrid, 2014, págs. 952 y 953, el cual señala que la Unidad de Mercado es, “sobre todo, un valor de naturaleza política; y se corre el riesgo de que un organismo fuertemente técnico como la CNMC tienda a evaluar las denuncias que se le hagan de lesiones a la unidad de mercado con criterios de ortodoxia económica o jurídica, no políticos”. También CARLÓN RUIZ, M., “Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercado y de la Competencia como garante de la Unidad de Mercado”, en *La Comisión Nacional de los Mercado y de la Competencia* (Dir. Carlón Ruiz, M.), Ed. Civitas, Pamplona – Navarra, 2014, págs. 653 y 654, donde expresa las dudas de coherencia y conveniencia material y orgánica, de añadir las competencias en materia de unidad de mercado a la CNMC

¹¹⁴ ARIÑO ORTIZ, G. *Derecho de la Competencia en sectores regulados*, Ed. Comares, Granada, 2001, págs. 20 a 25, y reproducido en “Teoría y práctica de la regulación para la competencia. Hacia un nuevo concepto de servicio público”, en la obra colectiva *Regulación Económica. Lecturas Escogidas* (Dir. Ariño Ortiz, G; de la Cuétara, J. M; y del Guayo Castiella, I.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 121 a 123.

Es por ello que, con base en estos principios, me atrevo a formular una definición muy breve, simple y no estática de lo que es la libre competencia. Así, podemos decir que consiste en la libertad del sujeto de entrar, permanecer y salir del mercado, en igualdad de derechos y bajo las mismas condiciones que el resto de sujetos¹¹⁵.

Libre competencia es, en este sentido, un concepto que afecta al mercado como ámbito de ejercicio, igualando las condiciones de actuación de los operadores, estableciendo un efecto horizontal, por tratarse del ejercicio de derechos que se hacen valer especialmente frente otros sujetos privados. La unidad de mercado es un concepto que afecta al ámbito geográfico donde se ejercita la libre competencia. Es la delimitación territorial del mercado, de la libre competencia. Posee por ello un efecto vertical, pues el mercado se delimita por el poder público, siendo por ello cuestión de las relaciones de derecho entre los sujetos privados o particulares y el poder público. Y esta relación ya fue advertida por el Tribunal Constitucional, que ha dejado claro, que sin "la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica [...] no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone"¹¹⁶.

Dicho esto, me parece oportuno apuntar lo siguiente. Aun en el caso de que la unidad de mercado como Principio constitucional no guardara esta relación que hemos afirmado, la garantía administrativa de este Principio cabría igualmente bajo la

¹¹⁵ Por su parte, SAINZ MORENO, F., "Orden público económico y restricciones de la competencia", *Revista Administración Pública*, núm. 84/1977, págs. 597 a 644, nos dice, acercándose a una definición jurídica del Principio de Libre Competencia, que "Desde el punto de vista jurídico este principio significa que los competidores deben organizar y promover su competencia en base a la mejora de la oportunidad y calidad de sus prestaciones. La libertad de competencia tiende, pues, de un lado, a hacer viable el principio de iniciativa privada y, de otro, a impedir que la competencia se produzca por la vía del daño, del perjuicio o de la restricción forzada de la actividad de los demás (prácticas restrictivas, prácticas desleales), fomentando, por el contrario, la mejora de las propias prestaciones como único medio lícito de concurrir en el mercado". También puede verse, por el mismo autor, *ibidem* "El principio de libre competencia como manifestación del orden público económico", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 24/1980, págs. 134 a 138.

¹¹⁶ Como expositivo de todas, pueden verse STC 96/1984, de 19 de octubre; FJ 3º, STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6º; STC 64/1990, de 5 de abril, FJ 3º; y STC 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 6º.

actuación de la CNMC. Este organismo, por su objeto y finalidad, tiene encomendadas las funciones de control sobre las actuaciones administrativas que tengan o puedan tener alguna incidencia en el mercado, bien sea en su competencia entre operadores o sobre su misma unidad.

1.2 La defensa de la competencia como función pública

Ya hemos visto como el principio de la unidad de mercado como un principio constitucional, que como dijimos en el anterior epígrafe, guarda una relación directa con el principio de libre competencia. Es por ello que debemos hacer una alusión a la defensa de la competencia, y por ende, a la garantía y defensa de la unidad de mercado, como una función pública atribuida esta actividad defensora y garante a la administración pública.

En general, el legislador ha entendido que la defensa de la competencia debe ser, por mandato constitucional, una función pública que ha de ser asumida por la Administración¹¹⁷. Esta afirmación ha sido, no obstante, criticada por algunos autores que defienden que la defensa de la competencia por los poderes públicos no es un mandato constitucional¹¹⁸.

En mi opinión, acierta en su juicio jurídico el legislador cuando dice que la defensa de la competencia es un mandato constitucional dirigido a los poderes públicos¹¹⁹;

¹¹⁷ También la doctrina se ha posicionado a favor de considerar la Defensa de la competencia como una función pública, nacida de un mandato constitucional. Puede verse, CASES PALLARÉS, L., *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Ed. Pons, Madrid, 1995, págs. 265 a 269, o MARTÍN MATEO, R., *El marco público de la Economía de Mercado*, Ed. Trivium, Madrid, 1999, págs. 77 y 78, entre otros.

¹¹⁸ En este sentido, véase BAÑO LEÓN, J. M., *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1996, págs. 31 a 35.

¹¹⁹ Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, por ejemplo, al decir que hay un compromiso y obligación constitucional por parte de los poderes públicos de proteger el ejercicio de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, lo cual convierte la defensa de la competencia, como elemento decisivo de la economía de mercado, en una “necesaria defensa” que puede requerir actuaciones como las “facultades de inspección, control y sanción así como la ordenación de la actividad de los servicios”

entendiendo poderes públicos en sentido total, es decir, que todos aquellos poderes públicos que emanan de la propia Constitución, lo que incluye al Poder Judicial, al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo. Es por ello que habiendo poderes públicos que tengan el deber de velar por la defensa de la competencia, en la medida en que la propia Constitución así lo recoja, esta se convierte indefectiblemente en un mandato constitucional dirigido a esos poderes.

Para el caso que nos ocupa, el art. 38 CE, dentro del cual enmarcamos la defensa de la competencia, solamente hace una alusión genérica a los poderes públicos, sin especificar a alguno en concreto. Y esa referencia genérica puede verse desde dos puntos de vista. Uno, en el que se entiende que la referencia a los poderes públicos es a todos los poderes públicos, y por ello todos deben participar de la defensa de la competencia. Otra, en la que de forma menos abarcadora se entendiera que la referencia a los poderes públicos alude a una potestad electiva de alguno de ellos para el encargo de su defensa.

Solamente para este último supuesto se podría compartir que la defensa de la competencia por parte de un poder público concreto, como es la administración, es una opción legislativa o normativa, si bien no un mandato a esta en concreto.

Igualmente, desde ambos puntos de vista, el poder judicial siempre colaborara en la defensa de este principio constitucional, bien de forma primaria, conociendo del asunto desde un primer momento de quiebra de este, bien de forma secundaria, conociendo del asunto tras la resolución de un procedimiento administrativo.

A mi parecer, cuando el texto constitucional habla de los poderes públicos ha de referirse a todos ellos, con la finalidad de que el mandato o principio tenga la mayor difusión aplicativa posible. Es por ello que la defensa de la competencia es constituye una función pública, que ha de requerir la actuación activa y pasiva, según el caso, de la Administración Pública.

que “pertenecen al ámbito de la función ejecutiva” (Por ejemplo, STC 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 6º; o STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 4º).

Advertido que la defensa de la competencia es una función pública que deriva del texto constitucional, esta despliega sus efectos hacia los particulares, hacia los sujetos jurídicos privados, pero también hacia los sujetos jurídico-públicos. Si bien el modelo de actuación debe ser necesariamente distinto. Y es en este último supuesto en que nosotros nos moveremos a lo largo de este estudio. Solamente es posible la vulneración de la unidad de mercado mediante la actuación de alguna de las administraciones públicas.

Y por este lado, en aplicación del principio de autotutela de la administración¹²⁰, el Poder Judicial conocerá de un asunto en defensa de la libre competencia en relación con la unidad de mercado, en general, tras un procedimiento administrativo.

Consecuencia de lo anterior, y dada cuenta de que la administración actúa en defensa de la competencia y de la unidad de mercado, esta actuación ha de ser reconocida como una función pública, que además realiza de forma directa a través de la Comisión Nacional de los Mercado y de la Competencia¹²¹.

Es por lo todo lo dicho anteriormente que en este capítulo nos referiremos al Ente Administrativo al que se encomienda la defensa de la competencia, por su vínculo natural con la defensa de la unidad de mercado, excluyendo al resto de organismos que si bien defienden la competencia, lo hacen de forma sectorial o con límites territoriales. No obstante, en cuanto sea preciso, también haremos referencia a ellos.

1.3 La constitucionalidad de las Administraciones Independientes

¹²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I.*, Ed. Civitas, Pamplona (Navarra), 2015, págs. 549 a 567 definen el principio de autotutela la prerrogativa o capacidad de la administración pública de “tutelar por si misma sus propias situaciones jurídicas [...] eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial”. También resulta de interés, LÓPEZ RAMÓN, F., “Límites constitucionales de la Autotutela administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 115/1988 (Enero-Abril), el cual ofrece, además, una visión de la jurisprudencia al respecto.

¹²¹ Para la defensa de la competencia, algunas Comunidades Autónomas también han creado organismos con los que llevar termino esta función dentro de su ámbito competencial y territorial, o asignado estas competencias a algún órgano dentro de su estructura administrativa.

La Constitución establece las líneas generales del sistema administrativo que ha de regir en nuestro país, incluida su estructura organizativa. Y es la propia Constitución la que establece que la potestad reglamentaria y el poder ejecutivo recaen sobre al Gobierno (art. 97 CE).

Es por ello que han surgido dudas respecto de la constitucionalidad de las autoridades administrativas independientes (AAI). Estas se centran en tres argumentos, que suponen una quiebra del Principio democrático o de legitimidad democrática, la detracción inconstitucional de competencias atribuidas al Gobierno, como la función ejecutiva y la potestad reglamentaria y la falta de control parlamentario¹²².

Si bien algunos en la doctrina mantienen, argumentando lo expuesto, que el texto constitucional no permite la creación de este tipo de organismo¹²³, muchos encuentran fundamentos para argumentar igualmente la constitucionalidad de las AAI¹²⁴. Analicemos brevemente las tres vertientes de discusión:

- a) El primer argumento que cuestiona la constitucionalidad de las AAI es el de que suponen una quiebra del Principio democrático que impera en el texto constitucional, y concretamente de su art. 1.2 CE, que expresa que del pueblo español, “emanan todos los poderes del Estado”.

¹²² Recogidos sintetizados y expuestos por RALLO LOMBARTE, A., *La constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, págs. 159 a 210.

¹²³ Destacan PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II*, Ed. OPEN, Madrid, 2013. También, DEL SAZ CORDERO, S., “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Ed. Civitas, Madrid 1992.

¹²⁴ Por destacar a algunos autores que abogan por una interpretación favorable de la Constitución, que admitiera la creación de AAI, encontramos a RALLO LOMBARTE, A., *La constitucionalidad de las Administraciones...*, op. cit., págs. 211 a 289; LAGUNA DE PAZ, J C., *Derecho Administrativo Económico*, Ed. Civitas, Pamplona (Navarra), 2016, págs. 153 A 157; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Reflexiones sobre las llamadas autoridades administrativas independientes”, en *Administración instrumental: libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo Vol. I.*, Ed. Civitas, Madrid 1994, págs. 427; POMED SANCHEZ, L. A., “Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes”, *Revista de Administración Pública* núm. 132/1993, págs. 117 a 170. MUÑOZ MACHADO, S., “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I”, Ed. Thomson-Civitas, 2004. 518 a 522; PAREJO ALFONSO, L., *Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo*, Ed. INAP, Madrid, 2012, págs. 46 a 47.

Se afirma que esta expresión, impide la creación de AAI, por cuanto se construye un poder que es independiente, pero que no ha emanado del pueblo como cuerpo electoral constituyente, no estando por ello consagradas en la propia Constitución¹²⁵. Por el contrario, son varios los argumentos en contra, calificando como constitucionalmente admitidas las AAI.

En primer lugar, debemos decir que las AAI no son poderes públicos independientes. Su independencia tan solo es funcional, por cuanto siguen siendo administración, dentro del poder ejecutivo –y como veremos más adelante, bajo la jerarquía orgánica de este-, que si está sancionado en la Constitución. No se crea un nuevo poder, sino que se organiza, de forma distinta a la conocida y tradicional en nuestro sistema de gobierno, de uno ya reconocido.

En cuanto a la legitimidad democrática, se dice que esta no quiebra, pues entre otras cosas, el nombramiento de sus cargos –y como veremos también el control de la propia AAI- se lleva a cabo por órganos constitucionales, como por las Cortes o por el Gobierno¹²⁶. De esta forma, “el pueblo”, sigue participando tanto en los actos de creación de la AAI como en los nombramientos de los cargos públicos, y del control de sus actuaciones, por medio de los poderes públicos constitucionalmente reconocidos (Legislativo, ejecutivo y judicial), si bien esta participación es indirecta, como se habitúa en las democracias representativas.

- b) Otro de los argumentos esgrimido por quienes consideran inconstitucional la creación de AAI, es que se vulnera lo establecido en el art. 97 CE. Este precepto,

¹²⁵ En palabras de RALLO LOMBARTE, A., *La constitucionalidad de las Administraciones...*, op. cit., pág. 162, “todo poder público debe obtener su legitimidad del único depositario de ésta en un régimen democrático: el pueblo, y al veredicto, mediato o inmediato, de éste debe someterse”.

¹²⁶ LAGUNA DE PAZ, J. C., *Derecho Administrativo Económico*, op. cit., pág. 156, el cual advierte sobre este punto, que la creación de AAI debe ser la excepción, y sustentados el algún valor constitucional relevante, al que deben servir;

atribuye al Gobierno de la Nación un importante cometido, la dirección de la Administración civil, y por otro una potestad esencial, la reglamentaria¹²⁷.

Y es que para quienes cuestionan el encaje constitucional de las AAI, desde el momento en que se da un estatus de independencia del Gobierno a la AAI, se aduce que el Gobierno es desapoderado ilegítimamente de la dirección de la Administración. Por otro lado, se otorga a las AAI cierta potestad normativa que pertenece en exclusiva al Gobierno¹²⁸.

Empezando la potestad normativa de las AAI, es un tema sobre el que el Tribunal Constitucional ya ha se ha pronunciado, admitiendo su encaje en nuestro sistema constitucional. Sobre la misma, los Tribunales han dicho que se trata de una potestad normativa derivada, pues la originaria pertenece en exclusiva al Gobierno. Es por ello que debe adaptarse a los límites de la Ley habilitante, así como al resto de ordenamiento. Hay que añadir igualmente que esta potestad normativa está limitada a cuestiones técnicas, y por ello, limitada materialmente¹²⁹. Y esta limitación entronca con el segundo de los argumentos apuntados¹³⁰.

El Gobierno mantiene competencias directas sobre el mercado o los sectores regulados. Así, sigue dirigiendo la política a aplicar *–indirizzo politico–*, dentro de

¹²⁷ Al respecto y sobre la configuración que hace la CE del Gobierno, véase LÓPEZ GUERRA, L.M., “La posición constitucional del Gobierno”, en *Gobierno y administración en la Constitución*, Vol. I. , Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, págs. 17 y ss., y DE OTTO PARDO, I., “La posición constitucional del Gobierno”, Documentación Administrativa, núm. 188/1980, págs. 142 y ss.

¹²⁸ RALLO LOMBARTE, A., *La constitucionalidad de las Administraciones...*, op. cit., págs. 171 a 186.

¹²⁹ Entre otras, STC 13/1988, de 4 de febrero, FJ 4º; STC 135/1992, de 5 de octubre, FJ 3º; STC 133/1997, de 16 de julio, FJ 7º. En cuanto a los pronunciamientos en el Tribunal Supremo, son de interés la STS de 20 de diciembre de 2004, FD 1º y 2º (RC 743/2002); STS de 1 de febrero de 2003, FD 7º (RC 3661/2003).

¹³⁰ LAGUNA DE PAZ, J. C., *Derecho Administrativo Económico*, op. cit., pág. 156, quien esgrime la necesidad de una interpretación teleológica del art. 97 CE, en relación con la dirección que ejerce el Gobierno sobre la Administración, y especialmente sobre las AAI. En el mismo sentido, MAGIDE HERRERO. M., *Límites constitucionales de las Administraciones Independientes*, Ed. INAP, Madrid, 2000, págs. 226 a 246.

los límites constitucionales y legales, en el sector regulado o en el mercado en general¹³¹. Las normas que puedan dictar las AAI están supeditadas a las normas que dicte el Gobierno, dentro de las competencias que mantiene, tanto materialmente como formalmente¹³².

También mantiene el Gobierno también cierto control y dirección sobre sobre las mismas AAI. Así, interviene en el nombramiento de los cargos, y en algunos casos en su cese. Sigue teniendo en su poder el dictado de ciertas normas sobre organización interna, aprobando su Estatuto dentro lo los límites propios de su ley de creación. Incluso en algunos casos mantiene un margen de poder presupuestario¹³³.

Por último, no podemos olvidar que el Gobierno podría mantener, en caso de estados de emergencia o situaciones excepcionales, todas las funciones y potestades atribuidas a las AAI.

- c) Para finalizar, el último de los tres grandes argumentos tiene que ver con el control de las AAI. Pero estos organismos, siguen estado bajo el control parlamentario, estableciendo sus normas de creación los mecanismos precisos

¹³¹ Véase DE OTTO PARDO, I., “La posición constitucional...”, op. cit., págs. 170 y ss. o GÍMENEZ SÁNCHEZ, I. M., “*Indirizzo politico, dirección política, impulso político: el papel del Parlamento*”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, núm. 18/2008-II, págs. 83 a 108.

¹³² Sobre la potestad reglamentaria o normativa de estas autoridades hablaremos más adelante en la tesis, pero con el fin de asuntar sus límites formales y materiales, véase TORNOS MAS, J. “La potestad normativa de las autoridades administrativas independientes. El caso del Consell Audiovisual de Catalunya”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17/2003, págs. 487 a 492.

¹³³ De tal forma, que como como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS R., “No hay pues independencia en sentido propio, ni tampoco ruptura propiamente dicha de los lazos con el Gobierno y el Parlamento, contraria a los principios constitucionales sino, más bien, un simple reforzamiento de la autonomía de gestión para el mejor servicio de los valores que a constitución proclama [...]” (*Curso de Derecho...vol. I*, op. cit., pág. 467).

para ello¹³⁴. Y por supuesto, también se someten al control judicial¹³⁵. En cuanto al control gubernamental, nos remitimos a lo apuntado en los apartados anteriores.

2. LOS ORIGENES DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

Los antecedentes históricos más inmediatos nos remontan al nacimiento del derecho de la competencia moderno, en el siglo XIX¹³⁶. Su origen se sitúa en Estados Unidos, con la aprobación de la Ley Sherman en 1890, cuyo objetivo era acabar e impedir el nacimiento de nuevos monopolios en su territorio. A esta ley le siguieron otras que perseguían establecer normas para garantizar la competencia en el comercio. Pero de ellas, dado que tratamos de los orígenes de las autoridades reguladoras o de control sobre la competencia, debemos destacar la Ley que crea la todavía viva Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission* o FTC)¹³⁷.

¹³⁴ LAGUNA DE PAZ, J. C., *Derecho Administrativo Económico*, op. cit., pág. 157

¹³⁵ El control judicial de la AAI ha sido analizado por ARIÑO ORTIZ, G. "El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho", *Revista de Administración Pública*, núm. 182/2017, págs. 9 a 37, o ESTEVE PARDO, J. "La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional", en *Derecho de la Regulación Económica. Tomo I*, (Dir. MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J.), Ed. Iustel, Madrid, 2009, págs. 888 y ss. ; SOLANES MULLOR, J., *Administraciones independientes y Estado regulador. El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público español*, Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 2016, págs. 287 a 291.

¹³⁶ Sobre la evolución histórica, entre otros GARRIGUES DÍAZ-CABAÑETE, J., *La Defensa de la Competencia Mercantil*, Ed. Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964, págs. 14 a 32, y POMED SÁNCHEZ, L. A., "Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes", *Revista de Administración Pública*, núm. 132/1993, (septiembre-diciembre), págs. 122 a 141 y GARCIA LLOVET, E., "Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho", *Revista de Administración Pública*, núm. 131/1993 (mayo-agosto), pág. 80 a 88.

¹³⁷ En materia de Comercio, se creó en 1887 la Comisión de Comercio Interestatal (Interstate Commerce Commission o ICC), bajo cuyo modelo de Agencia independiente se creó posteriormente la FCT. No obstante, a pesar del nomenclátor recibido, la ICC tenía funciones limitadas sobre el comercio y la competencia, reduciendo su ámbito de actuación especialmente al sector de los transportes, inicialmente por ferrocarril. De hecho, en 1995 se disolvió, asumiendo la Comisión Federal de Transportes sus funciones. A ello hace alusión POMED SÁNCHEZ, L. A., "Fundamento y naturaleza jurídica de las

Esta Agencia fue creada en 1914 por la *Federal Trade Commission Act*. Su función principal era la aplicación efectiva de las normas sobre competencia en el mercado que empezaban a cobrar mayor relevancia en el territorio de los Estados Unidos. Tras su creación la FTC ha ido objeto de diversas modificaciones, tanto a nivel organizativo como funcional¹³⁸.

En general, en la Europa continental, incluida España, fue otro el sistema acogido ante las ineficiencias del mercado¹³⁹. Se optó por un intervencionismo del Estado mediante la nacionalización de aquellos sectores donde las ineficiencias que limitaban la competencia eran mayores, o mediante la creación de sociedades mercantiles de titularidad pública –en algunos casos incluso mediante la creación de monopolios estatales-¹⁴⁰.

Administraciones...” op. cit., págs. 122 a 128 y GARCIA LLOVET, E., “Autoridades Administrativas Independientes...”, op. cit., pág. 81.

En nuestro país, algún autor sitúa los orígenes de las Autoridades Administrativas Independientes de Estados Unidos aun antes en el tiempo. Así, por ejemplo, LAGUNA DE PAZ, advierte que el origen de estas data de 1789, momento en que el Congreso nombró a un Interventor para el Departamento del Tesoro, que no podría ser destituido por el Presidente (LAGUNA DE PAZ, J. C., *Derecho Administrativo Económico*, op. cit., pág. 140).

¹³⁸ Sobre la creación y evolución de la FTC, resulta de interés el análisis que hace SEGURA, J. “Los organismos supervisores independientes en economías avanzadas”, en *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces (CERASA), 2018, págs. 17 a 21, y SÁNCHEZ NÚÑEZ P., “Defensa de la competencia y diseño institucional” en *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces (CERASA), 2018, págs. 45 a 54.

¹³⁹ Sobre el sistema de Estados Unidos –sistema por Principio de Prohibición- y el desarrollado en la Europa Continental –sistema por Principio de Abuso-, así como sobre sus diferencias y sus orígenes, véase GARRIGUES DÍAZ-CABAÑETE, J., *La Defensa de la Competencia...*, op. cit., págs. 14 a 32. Sin embargo, SÁNCHEZ NÚÑEZ P., “Defensa de la competencia y diseño...” op. cit., págs. 88 a 92, quien expone hasta cuatro modelos distintos que se dan en la actualidad.

¹⁴⁰ La Exposición de Motivos de la LCNMC afirma que “En este lado del Atlántico, los países europeos corrigieron los fallos de funcionamiento de los mercados mediante la nacionalización de las empresas prestadoras de servicios públicos o la creación de sociedades públicas con esta finalidad”.

Las diferencias, como vemos eran sustanciales, podríamos decir que se tratan de sistemas opuestos. Mientras que el EE. UU. –y en muchos de los países que se rigen por el *Common Law*- los problemas de competencia se tratan de resolver mediante un control público que garantice a los operadores económicos la libre competencia, persiguiendo aquellas prácticas contrarias a la misma y de los operadores que las llevan a cabo, en Europa se hace lo contrario. En este lado de Atlántico, la opción seguida es, por regla general, la de sustituir o complementar la iniciativa privada por la pública, asumiendo el poder público un papel directo en el mercado. De esta forma no hay problemas de libre competencia, porque no hay competencia, pues solo es Estado lleva a cabo esa labor, o lo hace de forma mayoritaria, manteniendo ciertas prerrogativas.

Con ello, durante el S. XX, especialmente en su segunda mitad, se comienza en Europa –incluida España- a modificar este paradigma, liberalizando el mercado y privatizando empresas públicas. Se perseguía la apertura de los mercados y el fomento de la competencia¹⁴¹. Se modifica, sin eliminarlo, el paradigma, que pasa de la gestión pública directa de ciertos sectores, como servicio público al establecimiento de controles públicos de la nueva actividad mercantil privada de esos mismos sectores. Con ello, se comienza a crear las llamadas administraciones independientes. Este nuevo sistema se acentúa por medio de las normas y de las instituciones de la hoy Unión Europea, que crean el mercado único, que precisa de una aplicación armonizada de las normas de la UE en todos los Estados Miembro.

3. CARACTERÍSTICAS DE LAS ADMINISTRACIONES O AUTORIDADES INDEPENDIENTES

Hemos visto que el control público de los mercados con la finalidad de conseguir la libre competencia comienza en EE. UU. con la creación, dentro de su sistema administrativo, de una Agencia o Autoridad Independiente. Este tipo de estructuras administrativas, propia del sistema administrativo de ese país, se ha trasladado en parte, y no sin debate, a Europa, y también a España.

¹⁴¹ Véase LAGUNA DE PAZ, J. C., *Derecho Administrativo Económico*, op. cit., págs. 140 a 147.

Por ello, antes de hacer el estudio de la evolución que ha seguido en nuestro país las Autoridades de competencia, es preciso que hagamos un repaso de las características que tienen las autoridades independientes¹⁴², si bien ha de ser necesariamente breve, por no ser este el objeto de esta tesis.

Si bien tradicionalmente no ha sido así, nuestro ordenamiento actual ofrece una definición legal de los que son las Administraciones Independientes. La doctrina también se ha encargado de dotarlas de un significado común, siendo coincidente que se les requiera de una serie de características para poder ser calificadas como tales.

Es el art. 109 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) el que nos dice que “Son autoridades administrativas independientes de ámbito estatal las entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley”.

De esta descripción podemos concluir que las características comunes y básicas de las Administraciones Independientes son tres:

- Independencia funcional o Autonomía.
- Personalidad jurídico-pública propia.
- Ejercicio de funciones públicas de regulación o supervisión externas, y en régimen de Derecho Público.

No obstante, antes de la aprobación de esta Ley, no existía una referencia directa y clara al régimen general de este tipo de organización administrativa, pero si teníamos en

¹⁴² En este estudio nos referiremos a este tipo de entes con la expresión de administración independiente, autoridad independiente o autoridad administrativa independiente, por ser estos los términos comúnmente manejados por la Doctrina. También por ser una manifestación del término que ha adoptado el legislador, de “Autoridades Administrativas Independientes” (art. 84.1 LRJSP).

nuestro ordenamiento algunas referencias a este tipo de entes¹⁴³. Así, por ejemplo, el antiguo art. 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), que entendía como administración pública a “Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas”. Sobre el alcance de este precepto, que guarda una práctica identidad textual con el actual art. 2.2 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), ha discutido la doctrina.

Así, un sector afirmó que el artículo, incluía a las Administraciones independientes, por entender que formulaba una dicotomía entre entidades vinculadas –dentro de las cuales se clasifican las Administraciones Independientes- y las entidades dependientes¹⁴⁴. Otro sector, sin embargo, no veía tal diferencia, siendo que las entidades vinculadas lo eran por ser al mismo tiempo dependientes. Por ello no veían un reconocimiento legal, al menos bajo este canon, de las Administraciones independientes¹⁴⁵.

A día de hoy, sin embargo, el asunto ha sido abordado por el legislador. En el art. 84.1 LRJSP, encontramos la composición y la clasificación del Sector Público institucional estatal, integrado por aquellos “organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado”, entre los que la norma distingue dos categorías: los Organismos autónomos y las Entidades Públicas Empresariales (letra a del art. 84.1

¹⁴³ Algunos autores (por citar alguno, POMED SÁNCHEZ, L. A., “Fundamentos y ...”, op. cit. pág. 149 y ss., y JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J., “Organización instrumental en la Ley de Organización y Funcionamiento de las Administraciones Públicas, *Documentación Administrativa*, núm. 246.247/septiembre 1996 – abril 1997, págs. 393 y ss.), vieron una alusión a las AAI en el art. 6.5 del ya derogado Texto Refundado de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre

¹⁴⁴ Por ejemplo, y entre otros, GARCIA LLOVET, E., “Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 131/1993 (mayo-agosto), pág. 95; o BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Ed. Civitas, Pamplona-Navarra, 2010, pág. 343.

¹⁴⁵ Entre otros, PAREJO ALFONSO, L., “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la ley del régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común”, en la obra colectiva “La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativos Común” (Dir. Leguina, J. y Sánchez Morón, M.), Ed Tecnos., 1993.

LRJSP). Por otro lado, también se integran en el Sector Público institucional estatal las “autoridades administrativas independientes” (letra b del art. 84.1 LRJSP), pero diferenciadas, como vemos de las anteriores.

Ello no quiere decir, a mi juicio, que el legislador haya asumido la segunda de las tesis que se ha mencionado sobre el art. 2.2 LRJAP-PAC. En primer lugar, porque en aquel momento en que se carecía de una regulación propia de las Administraciones Independientes, estas encajaban –aun lo hacen hoy pese a la distinción legal- dentro de los parámetros descritos del formulismo legal descriptivo.

Otra de las referencias la encontrábamos en la Disposición Adicional Décima de la derogada Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), que hacía referencia al régimen jurídico de ciertos organismos públicos, con peculiaridades respecto del régimen general¹⁴⁶. Así estos se regirían por su propia norma de creación y tan solo supletoriamente por la misma LOFAGE, y se les reconocía “independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado”.

Por último, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), se propuso crear una regulación conjunta de los Organismo Reguladores, entre los que no se encontraba la Comisión Nacional de Competencia (CNC), si bien se le aplicaba parte de su régimen. De estos, se decía que “están dotados de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. Actúan en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado. Asimismo, están sometidos al control parlamentario y judicial” (art. 9.2 LES). Tales atributos se predicaban hoy de la CNMC (art. 2.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en adelante LCNMC) cuya ley derogó precisamente esta regulación.

¹⁴⁶ Se nombraban de forma específica a algunos, como la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, las Universidades no transferidas, la Agencia Española de Protección de Datos, el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, el Museo Nacional del Prado, el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía y el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, sin perjuicio de los que se pudieran crear con posterioridad.

Con todo y con ello, no se adoptó la denominación que hoy sí maneja la LRJSP, de Autoridad Administrativa Independiente, aun cuando su régimen es muy similar¹⁴⁷.

Sin embargo, pese al moderado mutismo normativo, la doctrina, como decíamos, procedió al estudio de estos entes y a analizar las características que los hacían diferentes al resto, las cuales, en su mayoría, fueron finalmente recogidas y normativizadas por el legislador. Analicemos ahora una por una las notas de identidad de las Administraciones Independientes.

3.1 Independencia y Autonomía

Entre las características que definen a este tipo de entes, destaca la de la independencia. En primer lugar, bajo este epígrafe debemos determinar que debemos entender por independencia.

En palabra de SALA ARQUER, la Independencia de este tipo de entes se da frente a “directrices político-gubernamentales”, cuya actuación se ve sustraída a la influencia de las mayorías políticas¹⁴⁸. Por lo tanto, la independencia rompe la relación de instrumentalidad que se da con otro tipo de manifestaciones formales orgánicas de la Administración¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Recuerda, BETANCOR RODRIGUEZ, A., que la función de regulación “no tiene unos límites tan precisos que impongan, a su vez, un tipo preciso de organización, categoría que, a su vez, tampoco tiene un contorno preciso”, poniendo de ejemplo en Banco de España –independiente- y la Dirección General de Seguros –dependiente-. Es por ello, que la función de regulación no siempre se deja en manos de organismos regulador o de Administraciones Independientes, ni estas últimas tienen siempre función reguladora (*Regulación: Mito y Derecho...*, op. cit., págs. 314 y 315).

¹⁴⁸ SALA ARQUER, J. M., “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 42/1984 (abril-junio), págs. 401 a 416.

¹⁴⁹ No son por lo tanto Administraciones Instrumentales *strictu sensu*, si bien el *nomen iuris* puede resultar confuso. Lo cierto es que las Administraciones Independientes no dejan de ser instrumentos de la Administración cuyo objeto es cumplir los fines que se han marcado aquellas, dotándolas, eso sí, de un contenido formal y material diferenciado de los que conocemos como Administraciones Instrumentales. No en vano, recuerda MATÍN MATEO, R., que “la administración económica, en ambas perspectivas [sentido descriptivo: organización y medios, y sentido dinámico: conjunto de acciones adoptadas para

Varios son los rasgos de que han sido dotados este tipo de ente con el fin de garantizar y visualizar esta independencia, que tienen como base su funcionamiento y su personal¹⁵⁰.

a) Régimen jurídico

Las Administraciones Independientes se rigen por un régimen jurídico propio (art. 110 LRJSP). Así, como regla general, su régimen jurídico se conforma por su ley de creación, por su Estatuto orgánico y por su propio Reglamento Interno. Solo supletoriamente rigen las normas comunes de las administraciones públicas. Esto puede abarcar distintos ámbitos con mayor o menor intensidad, como el régimen del empleo público, la contratación pública, procedimientos administrativos, etc.

Esto, por supuesto, no quiere decir que sobre sus actuaciones y organización no rija el Principio de legalidad y los Principios constitucionales sobre la administración. Simplemente que estos se aplican dentro de un estatuto propio y específico para este tipo de organismo.

b) Nombramientos e independencia orgánica

incidir en la vida económica], se delinea así con carácter instrumental, es decir, actúa al servicio de los objetivos finales que le son impuestos. No hay, pues, una administración económica sustantiva, [...] en cuanto que las finalidades últimas que se dirigen las intervenciones públicas son decididas por otras instancias, [...] la representación superior de un país, a quien corresponde definir cuáles sean los intereses comunitarios que deben guiar acciones y estrategias encaminadas a orientar en este sentido el curso de la economía" (MARTÍN MATEO, R., *El marco público de la Economía...*, op. cit., págs. 71 y 72).

¹⁵⁰ BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las Administraciones Independientes. Un reto para el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, págs. 188 a 212, donde analiza de forma extensa la noción de independencia en estos organismos, mencionando al menos dos garantías, la independencia personal y la independencia funcional. En el mismo sentido, SALVADOR MARTÍNEZ, M., *Autoridades Independientes*, Ed. Ariel, Barcelona, 2002, págs. 254 y 255, expone que a estos organismos se les dota de una autonomía cualificada (independencia) por razón de sus funciones, y se limita el poder de nombramiento y cese de los miembros del ente.

Las Administraciones independientes, al igual que el resto de la Administración, precisa de órganos de dirección para la consecución de sus fines. Pero el régimen de nombramientos difiere del que se aplica comúnmente¹⁵¹.

Algunas fórmulas se han propuesto para garantizar la independencia a la hora de nombrar a los miembros de sus órganos propios, entre las que destacamos las siguientes:

- Personal especialmente cualificado, designado o elegido por su reconocida competencia técnica o pericial en el sector o mercado en el que opere la Administración Independiente.
- Nombramientos compartidos entre Gobierno y Cortes Generales, con mayorías cualificadas. Las opciones son diversas. Pueden ser, entre otros, nombramientos gubernamentales con necesidad de aprobación o posibilidad de veto parlamentario y viceversa. Puede haber nombramientos de ambas instituciones por cuotas, o solo del Parlamento mediante mayorías cualificadas.
- Inamovilidad de los miembros elegidos. Según este criterio, los miembros designados son inamovibles salvo por causas expresamente tasadas¹⁵². Además, su designación será por un solo mandato no renovable y por tiempo superior al de una legislatura.

¹⁵¹ Denominado como “Garantías Estatutarias” por SALA ARQUER, J. M., “El Estado neutral. Contribución al estudio...”, op. cit., págs. 416.

¹⁵² Advierte SALA ARQUER, J. M., “El Estado neutral. Contribución al estudio...” op. cit., págs. 411, que “la inamovilidad durante el mandato no es requisito suficiente para hablar de Administraciones Independientes, [...] si bien, en cualquier caso, el un presupuesto indispensable de la independencia”. Por su parte, BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las Administraciones Independientes...*, op. cit., pág. 189 a 192 matiza que no se trata realmente de inamovilidad, sino de una prohibición de remoción discrecional, transformando lo que es una potestad discrecional, en una potestad reglada.

c) Régimen de recursos administrativos frente a sus actuaciones¹⁵³

El régimen de los recursos frente a las actuaciones de la Administraciones independiente, es también un signo de su autonomía. Sobre estos se puede decir que, debido a la quiebra de la instrumentalidad y de la tutela de la Administración matriz, por regla general, las actuaciones de estos organismos son firmes y agotan la vía administrativa, dado lugar únicamente al recurso contencioso – administrativo, admitiendo, quizás en algunos casos, el Recurso de Reposición. Esto define a la Administración independiente como único organismo competente, pues ninguno otro interviene dentro del margen de sus atribuciones.

Esto no quiere decir que no deba responder ante nadie. En primer lugar, ante la jurisdicción si se plantea un recurso contencioso-administrativo. Pero también ante el Parlamento. Su independencia estriba de la separación del núcleo administrativo del Gobierno, pero como este, ha de responsabilizarse y responder ante las Cortes y ante los órganos jurisdiccionales.

d) Relación entre el Gobierno y las AAI

En este sentido, debemos traer a colación el poder de dirección de la Administración que tiene el Gobierno (art. 97.1 CE), pues es una de las piezas del sistema administrativo con la que las Administraciones Independientes ha tenido más problemas de encaje, a juicio de la doctrina.

La independencia que radica en estos entes porque la ley que los crea les reconoce la autonomía frente a la Administración a la que están vinculadas. Es por ello que el poder de dirección del Gobierno merma frente a esta tipología de administración, pero no desaparece por completo.

Se ha afirmado que la independencia de este tipo de entes presupone que sobre ellos no cabe predicar el Principio de jerarquía. Pero no puedo estar de acuerdo totalmente

¹⁵³ Bajo este epígrafe, recogemos lo que SALA ARQUER, J. M., denominaría Garantías funcionales en “El Estado neutral. Contribución al estudio...”, op. cit., págs. 416.

con estas aseveraciones. El Principio de jerarquía es uno de los principios de las actuaciones de las Administraciones públicas. La jerarquía implica respeto del Gobierno, como recuerda GARCÍA LLOVET, que “como órgano administrativo, a él se encuentran sometidos jerárquicamente el conjunto del aparato de la Administración Central del Estado”¹⁵⁴.

Siguiendo la definición¹⁵⁵, en mi opinión las Administraciones Independientes – entendida la independencia en los términos ya expuestos- si se encuentran relacionadas con el Gobierno mediante el Principio de jerarquía. Debe ser así. Lo contrario sería asegurar que las Administraciones independientes tendrían la misma posición jerárquica que el Gobierno en su posición de cabeza de la Administración¹⁵⁶.

Es más, la creación de Administraciones independientes supone una manifestación del Principio de descentralización (art. 88 LRJSP)¹⁵⁷, al caso, funcional. La descentralización conlleva que las competencias o funciones que pertenecen a un órgano centralizado, traslada la sede de estas a otro ente, que por lógica, se encuentra en un nivel jerárquico inferior. De lo contrario, no será preciso su adscripción formal a uno de los Ministerios.

¹⁵⁴ GARCÍA LLOVET, E., “Autoridades Administrativas Independientes...”, op. cit., pág. 70.

¹⁵⁵ Me remito tan solo a la definición que el autor ofrece, por su claridad, teniendo en cuenta que GARCÍA LLOVET, E., rechaza que el Principio de Jerarquía se aplique a las relaciones entre entes, sino que se predica tan solo de los órganos de una misma persona jurídica pública (“Autoridades Administrativas Independientes...”, Revista de Administración Pública, op. cit., págs. 76 y 77).

¹⁵⁶ Recuerda SALA ARQUER que las administraciones independientes “forman parte del ejecutivo”, no son un centro poder ni órganos constitucionales. “El Estado neutral. Contribución al estudio...”, op. cit., pág. 409.

¹⁵⁷ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-R., *Curso de Derecho Administrativo. Vol. I.*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, págs. 379 y ss. Y con anterioridad CLAVERO AREVALO M. F., Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas”, *Documentación Administrativa*, núm. 58/1958, págs. 12 y ss., así como GARCIA LLOVET, E., “Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 131/1993 (mayo-agosto) págs. 77 a 79, o POMED SÁNCHEZ, L. A., “Fundamento y naturaleza jurídica de las...”, op. cit., págs. 149 y ss.

En consecuencia, siempre mantiene un vínculo con la Administración que llamamos matriz, con aquella Administración territorial de la que nace como manifestación de la descentralización funcional¹⁵⁸.

Dicho esto, si se puede decir que el Principio de jerarquía no extiende toda su eficacia. Una de las consecuencias de la adopción del Principio de jerarquía es la de la subordinación del ente descentralizado al ente descentralizador. Pero para el caso de las AAI, como ya asomamos, no se da de forma completa. Rige entre estos el Principio de competencia, según el cual cada ente tiene atribuidas competencias o funciones concretas, sin que ninguno de ellos puede ejercer o llevar a término actuaciones que se describan dentro de la esfera de actividad del otro.

Por lo tanto, a mi juicio lo cierto es que las relaciones funcionales entre el Gobierno y las Administraciones independientes están regidas por el Principio de competencia –no hay dirección ni tutela en la relación intersubjetiva-. Pero esta afirmación no excluye la aplicación del Principio de jerarquía para las mismas relaciones intersubjetivas, cuando se aplique al ámbito organizativo de la Administración¹⁵⁹. Tal es así en las

¹⁵⁸ Véase PAREJO ALFONSO, L., en el prólogo de la obra de Betancor Rodríguez, A., *Las Administraciones Independientes...*, op. cit., pág. 16, donde expresa que este tipo de organización administrativa es una “original descentralización administrativa cuyo contenido y alcance vienen dados por los específicos fines que con ella pretender alcanzarse y que pueden llegar a situar a la organización descentralizada en una posición claramente distanciada o ‘diferenciada’ respecto a la totalidad de poder ejecutivo, aunque sin alcanzar nunca en punto de ruptura”. Acoge el mismo argumento BILBAO UBILLOS, J. M., “Las Agencias Independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3/1999, pág. 165, donde añade que mantiene el vínculo “porque subsiste una relación de dirección, una relación de dependencia de baja intensidad”.

¹⁵⁹ MAGIDE HERREO, M., *Límites constitucionales de las Administraciones...*, op. cit., págs. 65 a 69, advierte sobre la insuficiencia de los términos en los que se ha manejado tradicionalmente el Principio de jerarquía, siendo este caso, a mi juicio, un buen exponente.

Otros autores han venido a tratar igualmente el tema, acogiendo lo que han venido a llamar como “jerarquía imperfecta” o “débil”. Por ejemplo, GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., “Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, págs. 420 a 426, SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Ed. CEURES, Madrid 1988, págs. 942 a 945; MARTÍNEZ MARÍN, A., *Una teoría sobre nuestra organización pública y sus principios*, Ed Tecnos, Madrid, 1996, págs. 97, PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II*, op. cit. págs. 37 a 40.

manifestaciones de descentralización territorial, como las Comunidades Autónomas o los Entes Locales. Por ello podemos decir que se da para estos entes, una jerarquía orgánica o formal, pero no funcional o material.

e) Garantías financieras

En cuanto a las garantías financieras, nombrada de esta forma por SALA ARQUER¹⁶⁰, se componen, como el mismo expuso, de varios elementos, como la aprobación de un presupuesto propio y con ingresos también propios como medios económicos que financian la actividad del organismo.

Como garantía de independencia, también cabría hablar de un control económico y financiero interno llevado a cabo dentro del propio organismo, y externo por organismos o instituciones igualmente no sometidos al control del Gobierno¹⁶¹.

f) Creación y disolución por Ley o norma con rango de Ley

Otra de las características propias de las AAI es su creación, y por lo tanto, de darse, también su disolución por Ley o por norma con rango de Ley¹⁶². Esto es también una garantía de su independencia resto del Gobierno.

Su la creación y disolución dependieran de la voluntad del Gobierno, quien posee la potestad reglamentaria (art. 97 CE), no podríamos tampoco estar hablando de independencia del Gobierno, pues queda a su decisión su creación, pero lo más importante su disolución. Esto es especialmente relevante en la capacidad decisoria de

Una visión crítica ofrece NIETO, A, "La jerarquía administrativa" en *Documentación Administrativa*, núm. 229/1992, pág. 30 y ss.

¹⁶⁰ SALA ARQUER, J. M., "El Estado neutral. Contribución al estudio...", op. cit., pág. 416.

¹⁶¹ BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las Administraciones Independientes...*, op. cit., págs. 188 y 199, el cual reconoce que, si bien son garantías que resguardarían del control del Gobierno "determinados aspectos de su organización y funcionamiento", son "garantías ausentes", salvo alguna excepción, como el Banco de España.

¹⁶² GARCÍA LLOVET, E., "Autoridades administrativas independientes...", op. cit., pág. 95 y POMED SÁNCHEZ, L. A., "Fundamento y naturaleza jurídica...", op. cit. pág. 162.

las AAI, quien se vera de un modo sutil, coartada bajo la posible amenaza de su disolución.

Amén todo ello del resultado ilógico la afirmación de independencia de un órgano constitucional como el Gobierno, y a su vez otorgar a este la facultad de creación y disolución, pues ya se da con ello una dependencia total inicial y final.

Parece conveniente por ello, hacer descansar el poder de creación y disolución de AAI en manos de las Cortes Generales, por medio del instrumento más importante que tienen, a saber, la Ley¹⁶³.

g) Personalidad jurídica propia

La personalidad jurídica está muy relacionada con la independencia o autonomía¹⁶⁴. La atribución de personalidad jurídica propia conlleva igualmente a la atribución personal de la responsabilidad.

Es por lo tanto esta una nota definitoria. Sin personalidad jurídica, la responsabilidad no recae en el órgano, sino en la Administración en la que se encuadre. Ciertamente es que la Administración a la que se vincula siempre tendrá un grado de responsabilidad *patrimonial* final¹⁶⁵. No obstante, en el caso de los órganos administrativos, esta

¹⁶³ Se apunta por SALVADOR MARTÍNEZ, M., *Autoridades Independientes*, op. cit., pág. 290, que son Leyes Ordinarias –o al menos el articulado referente a estos organismos–, criticando el hecho de que “cuando las normas de creación de Autoridades Independientes son desarrollo de un derecho fundamental deberían haber sido Leyes Orgánicas, tal y como establece el art. 81.1 de la Constitución”. No obstante, hemos de decir que por la sola creación de AAI, no se desarrolla, a mi juicio y dentro de los parámetros que ha marcado el Tribunal Constitucional, en núcleo esencial, elemental y básico de los Derechos Fundamentales que se encargan de proteger, sino que establecen y desarrollan el sistema institucional administrativo como cauce de protección.

¹⁶⁴ CLAVERO AREVALO M. F., *Personalidad jurídica, Derecho general...* op. cit., págs. 12 y ss., POMED SÁNCHEZ, L. A., “Fundamento y naturaleza jurídica...”, op. cit. pág. 148 y ss. o GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-R., *Curso de Derecho Administrativo. Vol. I.* (2004), op. cit., págs. 432 a 436.

¹⁶⁵ Respecto al resto de responsabilidades, que no sea patrimonial, solamente responde la Administración Independiente, y no la Administración matriz. Por ejemplo, SALA ARQUER, J. M., “El Estado neutral. Contribución al estudio...”, op. cit., págs. 416 y 417, expone que el Gobierno no responde ante el

responsabilidad es directa, mientras que en el de las Administraciones Independientes será, en su caso, subsidiaria.

A su vez, la personalidad jurídica propia impide el nacimiento de relación de tutela respecto de la Administración a la que se vincula¹⁶⁶. Es por ello que la responsabilidad directa, nace y muere en la misma Administración Independiente.

3.2 Funciones públicas en régimen de Derecho público

Otro de los elementos definitorios de las Administraciones independientes es que, como ya hemos mencionado, la creación suponga una manifestación de la descentralización funcional. Esto tiene un doble significado.

Por una parte, debe ser un fenómeno descentralizador en el sentido de no tratarse de un ente cuya creación venga exigida *ex proceso* por la Constitución, es decir, debe tratarse de una verdadera descentralización administrativa por ser esta, la Administración, la titular originaria de las funciones que asumirá en el nuevo ente creado (art. 88 LRJSP). Por otro lado, la descentralización funcional supone que las funciones del ente independiente deben ser mayormente funciones públicas y el ejercicio de potestades administrativas. Y eso debe tener un reflejo en la forma que adopta como Administración Independiente, pues otro tipo de actividad de la administración, que no supusieran el ejercicio de funciones públicas, devendrían en la adopción de otras formas jurídicas, a veces con forma privada¹⁶⁷.

Parlamento por las actuaciones de las Administraciones Independientes. También GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-R., *Curso de Derecho Administrativo. Vol. I.* (2004), op. cit., págs. 403 a 408.

¹⁶⁶ Por todos, GARCÍA LLOVET, E. "Autoridades Administrativas Independientes...", op. cit., pág. 97. SALVADOR MARTÍNEZ, M., *Autoridades Independientes*, op. cit., pág. 290 a 292.

¹⁶⁷ A este respecto es interesante la reflexión que lleva a cabo DE VICENTE DOMINGO, R., *Los Entes Instrumentales en las leyes de procedimiento y de contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 74 y 75. Allí expresa, hablando de las diferencias entre las distintas personificaciones públicas: "Si de una entidad de Derecho Público lo que cabría esperar es que desempeñen funciones públicas *in totum* y no *secundum quid*, de una organización con forma privada lo que cabe esperar es lo

Estas funciones son, según la definición del art. 109 LRJSP, funciones de “regulación y supervisión externa sobre sectores económicos o actividades determinadas”¹⁶⁸. Veamos en que consiste cada una de ellas. Pero antes, debemos hacer una breve alusión a esta función dentro de las actividades tradicionales de la Administración, así como a su tratamiento por parte de la doctrina.

Y es que dentro de la tripartición que ha regido por tiempo en estudio de actividad de la Administración¹⁶⁹, estas funciones podrían encuadrarse en la actividad de policía administrativa¹⁷⁰. Las funciones de policía son aquellas que pretenden el mantenimiento del orden público, para el caso orden público económico¹⁷¹.

Por eso resulta preciso enmarcar las funciones de regulación y supervisión de los sectores bajo la autoridad de una AAI, dentro de la actividad tradicional de policía. Ese

contrario, que cumplan funciones privadas y que sólo en algunos casos ejercite potestades públicas – concepto jurídico-formal- en las que les sería aplicable el Derecho Administrativo”.

¹⁶⁸ Aunque en el art. 109 LRJSP menciona el despliegue de actividad de las AAI sobre “sectores económicos o actividades determinadas”, en esta tesis, debido a su objeto de estudio, daremos atención especial a las actividades de las AAI sobre sectores económicos, sin perjuicio de que, en general, lo mencionado pueda ser extrapolable a sectores no económicos.

¹⁶⁹ La tripartición de la actividad administrativa en actividad de policía, de fomento y de servicio público, es una clasificación atribuida a JORDANA DE POZAS, L., “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48/1949, págs. 41 a 54.

¹⁷⁰ MUÑOZ MACHADO, S., “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, en *Derecho de la Regulación Económica. Tomo I*, (Dir. MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J.), Ed. Iustel, Madrid, 2009, págs. 16 a 22. Algunos autores, por el contrario, no están de acuerdo en incluir dentro de la categoría de actividad de policía este tipo de actuación administrativa. Así, por ejemplo, ESTEVE PARDO, J., “El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público” en *Derecho de la Regulación Económica. Tomo I*, (Dir. MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J.), Ed. Iustel, Madrid, 2009, págs. 389 a 392, para quien la intervención administrativa de la economía desborda la tradicional concepción y función de la actividad de policía administrativa. En la misma línea, MEILÁN GIL, J. L., “Una aproximación jurídica a la regulación económica y financiera”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 75/2009 (septiembre-diciembre), págs. 13 a 45, y en especial, págs. 23 a 28.

¹⁷¹ Sobre la actividad de policía en el ámbito de la intervención pública en la economía, podemos ver las nociones fundamentales en RIVERO OTERGA, R., *Derecho Administrativo Económico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 163 a 173.

es el papel que se le otorga al Estado y su Administración respecto de los sectores regulados.

a) Función Regulatoria

El termino regulación ha sido, desde hace tiempo, dotado de un significado complejo, que puede englobar muchas actividades, y no todas ellas necesariamente reguladoras o u ordenadoras en su terminología y concepto tradicional. Así, nos encontramos con que se ha entendido que la función de regulación engloba prácticamente todas las funciones propias de las Administraciones Independientes, llegando incluso a denominarse legislativamente como “organismos reguladores” (LES). Es por ello que dentro de las funciones reguladoras, terminaban incluyéndose las funciones de supervisión¹⁷².

Esto se debe, a juicio de la doctrina, al origen extranjero del término y al significado que tiene en sus países de origen, que es ajeno a nuestra tradición jurídica, a su nacimiento dentro de otras ramas de las ciencias sociales, como la economía, y al cambio de sistema de prestación de ciertos por parte del Estado al de prestación de estos por parte del sector privado¹⁷³. Concretamente, se adoptó en significado que el concepto regulación tiene en su país de origen, en Estados Unidos¹⁷⁴. Este significado es amplio, comprendiendo, como decíamos, actividades que para nuestro sistema son realmente regulación –como a continuación expondremos-, y otros que en nuestro sistema han recibido otras denominaciones que nos resultan más cercanas y familiares, como, sin intención de ser exhaustivos, inspección, supervisión o control.

¹⁷² Para un análisis de esta concepción amplia y su específica distinción con la concepción tradicional y estricta de regulación, véase entre otros, LAGUNA DE PAZ, J. C., *Derecho Administrativo Económico*, op. cit., págs. 31 a 35.

¹⁷³ MUÑOZ MACHADO, S., “Fundamentos e instrumentos jurídicos...”, op. cit., págs. 16 a 22.

¹⁷⁴ Para un estudio sobre el significado del concepto “regulación” en Estado Unidos, y su acogimiento es nuestro sistema jurídico, puede verse BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Regulación: Mito y Derecho...*, op. cit., págs. 31 a 47.

Bajo estas premisas, dentro de la doctrina se han dado distintas definiciones de lo que se entiende por “regulación”¹⁷⁵, de las cuales podemos sacar las siguientes conclusiones:

- Se trata de una función ordenadora, creadora de normas jurídicamente vinculantes, de las que nacen derechos y obligaciones, para los operadores sujetos. Pero esta función ordenadora o reguladora, también conlleva, cuando se da una concepción amplia o extensa del término, un poder de control o intervención, respecto del cumplimiento de las obligaciones impuestas¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Por ejemplo, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., “El nuevo modelo de regulación para la competencia”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, núm. 3/1999, págs. 125 a 131, resume la función de regular como la acción de “organizar y estabilizar la acción de fuerzas importantes mediante pequeños artificios capaces de canalizarlas en uno u otro sentido”, así como de “introducir en las interacciones humanas derechos u obligaciones, incentivos o restricciones, para obtener una dinámica determinada sostenible en el tiempo”; MONTERO PASCUAL, J. J., *Regulación Económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 40, entiende la regulación como “la actividad de la Administración consistente en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionales a misiones de interés general objetivamente determinadas según la valoración que en un ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la Administración”. MUÑOZ MACHADO, S., “Fundamentos e instrumentos jurídicos...”, op. cit., págs. 111, quien dice que regular es “una actividad continua de seguimiento de una actividad”, lo cual exige la “utilización de poderes de diverso signo: algunos tienen carácter normativo [...] otro, sin embargo, consisten en supervisión del ejercicio de la actividad; otros la ordenación del funcionamiento del mercado [...]; resolución de controversias y también el poder sancionador” (véase también su obra, íbidem, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo I*, Ed. Thomson-Civitas, 2004, págs. 1172 a 1180).

¹⁷⁶ Es en este punto donde, a mi juicio, radica la diferencia entre la concepción tradicional o estricta de la función de regulación y la concepción amplia de la función de regulación. Así, en la concepción estricta o tradicional, que como veremos es la que asume la LRJSP, este control o intervención se lleva a cabo de forma abstracta o general, precisamente mediante la aprobación de normas que vinculan a todo el sector regulado. Siendo así, las AAI carecerían de la atribución de funciones de control o intervención concreto sobre el cumplimiento de la normativa, como, por ejemplo, potestad instructora y sancionadora, así como de dar órdenes singulares para el cese de actividades prohibidas y el cumplimiento efectivo de la regulación aplicable. En la concepción extensa, todas estas funciones y potestades se encuadran bajo las funciones de regulación.

- Esta función se dirige a sectores o mercados que precisan de la regulación específica para proteger para el interés general y los derechos y libertades de los operadores y de terceros¹⁷⁷.

Pero eso no quiere decir que en nuestra tradición no haya un concepto que aglutine este significado amplio de la función reguladores. Así, recuerda SANTAMARIA PASTOR, que regulación es “un término literalmente equivalente a la expresión de intervención pública de la economía: los campos semánticos de ambas expresiones son idénticos [...]”¹⁷⁸.

Por otro lado, también la jurisprudencia ha tratado de definir la función regulatoria que pueden llevar a cabo las AAI, asumiendo en definitiva, y sin darle los perfiles que

¹⁷⁷ Sobre el objetivo de la regulación, en este punto, se ha pronunciado la jurisprudencia, y por citar la más reciente, entre otras, STS de 29 de mayo de 2013, FD 7º (RC 193/2010) donde se expresa que “los sectores que, pese a la vigencia básica del principio de libre actividad económica de los particulares y de libre competencia, están sometidos a una intervención administrativa más o menos *intensa en virtud de su incidencia en intereses generales* [...], contienen un sistema complejo de medidas, beneficiosas unas, gravosas otras, para los agentes económicos particulares. [...] la *protección de los intereses generales* obliga a los poderes públicos, en *defensa de los mismos*, a ir adaptando la regulación a la cambiante realidad económica”; mismo pronunciamiento contienen las STS de 24 de julio de 2017, FD 8º (RC 823/2015) y STS de 5 de septiembre de 2017 FD 6º (RC 740/2014); También la STS de 29 de mayo de 2013, FD 2º (RC 520/2010) la cual dice que “el núcleo esencial de dicha libertad constitucional [libertad de empresa] se circunscribe a la facultad de iniciar cualesquiera iniciativa empresarial y a desarrollar la consiguiente actividad económica, pero que la misma no resulta vulnerada por el sometimiento de dicha actividad a una determinada regulación legal y reglamentaria. Ello es tanto más notorio en lo que respecta a las actividades económicas que *afectan a intereses generales* como la producción y suministro de electricidad y que, pese a desarrollarse bajo el principio de la libre competencia, están sometidas a un régimen de intensa regulación (FD 2º). Las cursivas son propias, y señalan que la regulación tiene el objetivo de proteger y defender los intereses generales, especialmente en aquellos sectores que más incidencia o que con más intensidad puede incidir en estos.

En este punto, puede verse, entre otros, ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUÉTARA, J. M. y DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Regulación Económica. Lecturas escogidas*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 29 y ss.

¹⁷⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Sectores regulados y competencia: un dilema complejo”, en *Las Técnicas de Regulación para la Competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, págs. 24 a 25, y 63 a 65.

hubiéramos deseado en aras a su clarificación, la concepción o tesis extensa¹⁷⁹. Así se ha definido la función regulatoria bajo las siguientes premisas¹⁸⁰:

- La actividad regulatoria, concretamente de la actividad económica del Estado (pero extrapolable a las AAI sobre otras actividades no económicas) es una forma de intervención indirecta de los poderes públicos, que supone o puede suponer, por un lado, el establecimiento de normas que ordenan jurídicamente el mercado, estableciendo con ello un marco jurídico general de la actividad económica. Por otro lado, actuaciones de control, vigilancia y supervisión. Y por último, la creación de órganos *ad hoc*, que lleven a cabo las actividades descritas.
- En cualquier caso, el legislador puede decidir, dentro del marco general, que competencias, funciones y potestades concretas atribuye a cada AAI, asumiendo así un sistema asimétrico, en función de las necesidades y particularidades de sector sobre el que desplegaran su actuación, que persiga con la mayor eficacia la consecución de los fines marcados. Todo ello, en base al Principio de habilitación administrativa.

Sin embargo, parece que, dentro de la intervención pública, también de la economía, que se lleva a cabo por AAI, el legislador ha querido hacer una distinción entre las funciones reguladoras y las supervisoras, distinción que nos toca clarificar en este punto, para determinar, al menos de forma ligera, qué actividades administrativas engloban la función reguladora, y cuáles la función supervisora. Para ello es preciso hacer algunas precisiones terminológicas de transcendencia jurídica.

Etimológicamente, regular significa, “ajustar, reglar o poner orden”, o “determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo”¹⁸¹. Siguiendo esta

¹⁷⁹ Para un estudio más profundo, véase ESTEVE PARDO, J. “La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia...”, págs. 888 a 892.

¹⁸⁰ Entre otras, SAN de 09 de febrero de 2006, FD 5º, (Secc. 6º, Rec. C-A 70/2003, Pon. Excmo. Sr. José Mª del Riego Valledor), Puede verse también los pronunciamientos ínsitos en la STS de 01 de febrero de 2003 (RC 3661/2003, Pon. Excmo. Sr. M. Campos Sánchez-Bordona).

¹⁸¹ Definiciones dadas en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, para el verbo “Regular”, con origen en el término latino “regulare”, en cuyo origen significaba determinar las reglas o normas.

conceptualización, y teniendo en cuenta la diferenciación que el legislador ha querido hacer entre supervisar y regular, podemos identificar la función de regular como la potestad normativa o reglamentaria. Es esta potestad la que permite a la AAI ordenar un mercado o sector, estableciendo, determinado o concretando las normas –las reglas– que han de regirlo con el fin de que logre que este funcione de forma competitiva, a la vez que protege los derechos de los ciudadanos que se le encomiendan. Estas normas estarán dirigidas a la generalidad de sujetos que operan dentro del sector regulado o del mercado en general, cuando se trate de la defensa de la competencia o de la unidad de mercado.

En conclusión, parece que al referirse el legislador concretamente a la función o papel de regulador, debemos entender este en un sentido más estricto, o si queremos, en el sentido más original. Aquel en el que la AAI tiene asignadas funciones de ordenación, que requieren de una potestad normativa para que sus actuaciones vinculen a una generalidad de sujetos frente a los cuales irradia su autoridad.

b) Función Supervisora

Tener potestad para dictar normas de ordenación, sin a su vez tener potestad para vigilar o controlar e imponer su cumplimiento, restaría funcionalidad e independencia a las actuaciones de las AAI. Es por ello que estas también tienen atribuidas funciones de supervisión, como a continuación veremos.

La función de supervisión consiste en vigilar y controlar que las conductas de un mercado o sector se acomoden a lo dispuesto en la normativa o regulación, con el fin de garantizar la exclusión o el castigo de prácticas contrarias a los principios jurídicos y económicos de la Economía de Mercado, y con ello, el buen funcionamiento de estos¹⁸².

Esta función se integra de distintas potestades, como las de investigar, instruir y sancionar, inspeccionar, así como de dar órdenes singulares a los sujetos bajo

¹⁸² Sobre el contenido de la función de supervisión, MAGIDE HERRERO, M., *Límites constitucionales de las Administraciones...*, op. cit., págs. 341 a 365, el cual estudia con profundidad la distinción entre las funciones de ordenación (regulación) y supervisión, dando contenido a ambas.

supervisión, mediante actos administrativos. También pueden adoptar medidas de intervención más incisivas o invasivas, como la suspensión o cese de la actividad o anulación los títulos habilitantes bajo los cuales se ejerce la actividad¹⁸³. Es, por decirlo así, la actividad o función de ejecución de la regulación.

c) Carácter externo de las funciones de regulación y supervisión

Tanto las funciones reguladoras como las funciones supervisoras, tienen un carácter externo respecto de las Administraciones públicas. Pero eso no quiere decir que no ejerza funciones respecto de las mismas. Al contrario, sobre estas tiene importantes ámbitos de actuación.

La Administración puede actuar por medio de personificación jurídico privadas, como a través de empresas públicas constituidas como sociedades de capital. Estas actúan dentro del tráfico jurídico privado, ejerciendo actividades mercantiles en régimen de competencia con otras empresas. En el caso que las empresas públicas actúen en sectores o mercados en los que una AAI ejerza funciones reguladores o supervisoras¹⁸⁴, se verán sometidas a su autoridad con la misma intensidad que los operadores económicos privados¹⁸⁵.

Por otra parte, y en relación con el objeto de estudio de esta tesis, las AAI pueden tener funciones impugnatorias con relación a las actuaciones de las Administraciones. Si bien es la jurisdicción competente a la que finalmente tendrá que constreñir a la Administración, es especialmente la actividad supervisora la que dará lugar al establecimiento de un proceso.

¹⁸³ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., "Sectores regulados y competencia: un dilema..." op cit., págs. 27 y 28.

¹⁸⁴ Realmente cualquier actividad mercantil que se ejerza por parte del sector público, se encuentra sometido a una AAI, pues en cualquier sector puede actuar las Autoridades de Competencia, como la CNMC. No obstante, hay sectores que se encuentra bajo otras AAI, como por ejemplo los servicios Bancarios (Banco de España y Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria), la producción y distribución de energía nuclear (Consejo de Seguridad Nuclear), o el Mercado de Valores (Comisión Nacional del Mercado de Valores).

¹⁸⁵ Véase a LAGUNA DE PAZ, J C., *Derecho Administrativo Económico*, op. cit., págs. 337 a 339.

Sin embargo, esta función sólo se ejerce sobre aquellas actuaciones administrativas que tengan efectos *ad extra* y que incida sobre los sectores o mercados sobre los que existe una AAI que tenga reconocida esta legitimación. En definitiva, su ámbito de actuación es la regulación o supervisión de algunos sectores económicos o de los mercados, no de las Administraciones.

Por otra parte, en ningún caso podríamos aceptar que las AAI ejercieran funciones regulatorias, en los términos expuestos, sobre la propia Administración, cuando esta última despliega su actividad en régimen de Derecho Público. Esto sería afirmar sobre las AAI una posición de autoridad con posición administrativa jerárquica suprema de la Administración, posición que constitucionalmente corresponde al Gobierno de la Nación. Por esa razón, cuando la AAI deba dirigirse contra actuaciones administrativas, que considere vulneradoras del ordenamiento, dado que no puede anularlas por sí misma, deberá dirigirse, dentro de su ámbito material de actuación, a los órganos judiciales competentes¹⁸⁶.

Es bajo estas premisas como debe entenderse la prescripción legal de las funciones de regulación y de supervisión. No se trata, como quiere expresar la definición legal, de organismos de control interno de la administración, lo cual no exime que puede desplegar sus potestades sobre ellas en determinadas circunstancias, como las reseñadas.

4. ORIGEN E HISTORIA DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN ESPAÑA

En España, la aplicación del derecho de la competencia se encomendó desde 1963 al creado Tribunal de Defensa de la Competencia¹⁸⁷. Esto no quiere decir que con anterioridad a la creación de este ente no hubiera ninguna autoridad encargada de la supervisión del mercado y su competencia. Si bien es verdad que el derecho de la

¹⁸⁶ Al respecto LAGUNA DE PAZ, J. C., *Derecho Administrativo Económico*, op. cit., pág. 330 y ss.

¹⁸⁷ Para ver las razones por las que la Defensa de la Competencia se deja en manos de los poderes públicos, y más concretamente de entes u organismos especializados, véase COSTAS COMESAÑA, J., “La independencia de las Autoridades de Competencia: del Tribunal de Defensa de la Competencia a la Comisión Nacional de Competencia”, en *Las Administraciones Independientes* (Coord. Pauner Chulvi, C. y Tomás Mallén, B.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 235 a 237.

competencia en España es, como decíamos, relativamente moderno, en comparación con la evolución que ha tenido en otros países, las pocas reglas y el mínimo desarrollo de las mismas –que bien se afirma que no constituían un sistema-, venían siendo supervisadas en su aplicación por distintos sujetos.

Por mencionar tan solo alguno, que nos queda lejano en el tiempo, y cuyo estudio completo desborda la materia que queremos tratar aquí, diremos que, como antecedente de los más inmediato, tenemos lo que disponía la Ley de Orden Público de 1959¹⁸⁸. Esta norma, en su art. 2. C), dictaba que eran actos contrarios al orden público, aquellos que “alteren o intenten alterar la seguridad pública, el normal funcionamiento de los servicios públicos y la regularidad de los abastecimientos o de los precios prevaliéndose abusivamente de las circunstancias”¹⁸⁹. El cumplimiento de esta norma y su sanción en caso de infracción estaba aquí asignado de forma especial al Ministro de la Gobernación, y subordinadamente a los Gobernadores civiles en las provincias y a los Alcaldes en los municipios, si bien todas las Autoridades debían velar por su cumplimiento (art. 3).

Así, podemos distinguir dos momentos especialmente relevantes en lo concerniente a los sujetos que controlaban la efectiva competencia en el mercado. En primer lugar, marco un momento importante la creación, en 1963, de un ente especializado en la materia, que dio en llamarse Tribunal de Defensa del a Competencia. El segundo hito trascendente ocurrió en el año 2002, cuando se dotó a este ente de personalidad jurídica propia, mutando con ello su naturaleza.

¹⁸⁸ Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público (BOE núm. 182, de 31 de julio de 1959, Ref.: BOE-A-1959-10346)

¹⁸⁹ Previsión similar, aunque más limitada en sus términos, ya se contemplaba en el art. 2 la Ley de Orden Público de 1933 (Gaceta de Madrid – Núm. 211, de 39 de julio de 1933, págs. 682 a 690), cuya Autoridad gubernativa encargada del cumplimiento era igualmente la del Ministro de la Gobernación, y subordinadamente a él, los Gobernadores civiles en las provincias y los Alcaldes en los municipios (art. 6). Se preveía que el Gobierno pudiera nombrar un Gobernador Civil general, para el mantenimiento del orden público (art. 7).

4.1 La creación del Tribunal de Defensa de la Competencia

En el caso español el primer organismo diferenciado respecto al Gobierno con autoridad en la defensa de la competencia fue el Tribunal de Defensa de la Competencia, creado mediante la Ley 110/1963, de 20 de julio, de restricción de prácticas restrictivas de la Competencia (en adelante LRPRC)¹⁹⁰.

Sobre esta norma, hemos de decir que es la primera de este tipo en nuestro sistema. Nace, entre otras razones, de las exigencias de liberalización de la economía española que requiere Estados Unidos al albur de los acuerdos alcanzados en 1953 conocidos como los “Pactos de Madrid”, por lo que EE. UU. apoyaba económicamente a España, a cambio de la instalación de distintas bases militares en suelo nacional. Así se puede observar en el Convenio con Estados Unidos de 26 de septiembre de 1953.

El TDC se configuró como un órgano especial, sin personalidad jurídica propia, dentro de la estructura orgánica del Ministerio de Economía, cuya función era la de garantizar el cumplimiento de la LRPRC por parte de los operadores económicos en el mercado. Para ello, el art. 7.1 LRPRC otorgaba, al menos nominalmente, “plena y absoluta independencia en sus funciones”.

Su naturaleza fue discutida, pero en todo caso hay que contextualizarla dentro del régimen en que se encontraba España¹⁹¹. Algunos autores dentro de la doctrina le otorgaban naturaleza judicial¹⁹². Las razones fueron varias. Algunas de ellas:

- El régimen de incompatibilidades de los miembros del TDC era similar a la de los miembros de la judicatura.

¹⁹⁰ El desarrollo orgánico de este ente se llevó a cabo por el Decreto 538/1965, de 4 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia (RTDC).

¹⁹¹ Las diferencias y las posiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica del TDC son expuestas con brevedad por SOSA WARNER, F., *Jurisdicciones administrativas especiales*, Ed. Instituto García Oviedo/Universidad de Sevilla, 1977, págs. 109 a 112.

¹⁹² Entre otros, GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, pág. 71 y ss.; y más cercano en el tiempo, COSTAS COMESAÑA, J., “La independencia de las Autoridades de Competencia...”, op. cit., págs. 238 y 240.

- Gozaba de independencia respecto del poder ejecutivo, siendo sus miembros inamovibles y designados por tiempo indefinidos.
- En realidad, el recurso contencioso que cabe contra algunas de sus resoluciones no inicia el proceso judicial, sino que se trata más bien de una “apelación especial”
- Sus resoluciones, llamadas sentencias, gozaban de presunción de certeza, equiparándose a la fuerza de cosa juzgada, y producían efectos en todos los ámbitos jurisdiccionales. Ejercía, por tanto, una función jurisdiccional, pudiendo incluso declarar nulos negocios jurídicos privados.
- Existía un ámbito de actuación privativo, cuál era el de la declaración de una actividad en el mercado como restrictiva de la competencia, así como la intimación su cese, cuya competencia era exclusiva y excluyente del TDC, siendo vedada la actuación de los Tribunales ordinarios (art. 124.2 RTDC).

Las dudas fueron propiciadas por el tipo de lenguaje que se utilizaba en la LRPRC y en el RTDC¹⁹³. Así, se denominaban sus resoluciones como Sentencias, se establecía un recurso de súplica al pleno frente a las resoluciones de las secciones, se hablaba de jurisdicción. No obstante, la denominación jurídica, aun cuando es la misma o similar a la utilizada en la jerga judicial, no cambia la naturaleza de las cosas, es decir, no modifica la naturaleza jurídica ni de las actuaciones y procedimientos del TDC no del propio TDC. También confundía en hecho de que por parte del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se le diera consideración de órgano jurisdiccional¹⁹⁴. Pero esta solamente se otorgaba en relación exclusivamente a lo establecido en el art. 177 del Tratado de las Comunidades Europeas –en la versión dada por el Acta Única Europea-, sobre cooperación de órganos jurisdiccionales en materia de competencia. Por lo tanto,

¹⁹³ Incluso por algunas nomas de desarrollo, como la Orden de 28 de septiembre de 1973, por la que se desarrolla el art. 9 del Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia aprobado por Decreto 538/1965, orden procedente del Ministerio de Comercio, que lo llega a calificar de “Alto Tribunal”.

¹⁹⁴ Así se contempla en la Sentencia TJCE de 16 de julio de 1992, Asunto C-67/91, considerandos 25 y 26 (Ref. Recopilación de Jurisprudencia I- 04820). Esta postura ha cambiado, como puede verse en la STJUE de 16 de septiembre de 2020, asunto C-463/19, que no reconocer a la CNMC como órgano jurisdiccional a los efectos el art. 267 TFUE.

su legitimación, y por lo tanto su consideración como órgano jurisdiccional era restringida a la materia de su competencia, y basado en las consideraciones del Abogado General¹⁹⁵.

Sin embargo, otra parte de la doctrina lo consideró de naturaleza Administrativa, aunque con facultades especiales¹⁹⁶. Las razones igualmente sólidas, fueron diversas¹⁹⁷:

- No hay un procedimiento entre dos partes donde decide un tercero imparcial, pues el TDC forma parte de la estructura administrativa.
- Sustituye la acción de la Administración, es decir Administra, no juzga.

¹⁹⁵ Véanse las conclusiones núm. 10 a 12 de las Conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas el 10 de junio de 1992 Ref. Recopilación de Jurisprudencia I- 04785, el cual entendió que el TDC ejercía funciones más jurisdiccionales que administrativas, que tenía atribuidas competencias privativas, sobre las materias en cuestión, que la legislación española le otorga independencia en sus funciones e inamovilidad de sus miembros, y que por último, sus procedimientos son contradictorias. En mi opinión, tales conclusiones se deben, en gran parte, a que ninguno de los litigantes, como el mismo Abogado General reconoce, manifestó opinión contraria a esta consideración como órgano jurisdiccional. Es por ello por lo que asumió lo expuesto en el Auto de Remisión. Pero mi juicio su es contrario, al menos en lo que tiene que ver con la atribución de funciones jurisdiccionales. EL TDC no tenía tales funciones, además del hecho de que tales cuestiones prejudiciales bien pudieron ser planteadas posteriormente por los verdaderos órganos jurisdiccionales (Tribunales del orden Contenciosos-Administrativo), si del asunto conocieran.

¹⁹⁶ Así, CARRETERO PÉREZ, A., “Comentarios a la Ley de 20 de julio de 1963 sobre represión de prácticas restrictivas a la competencia”, *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núm. 9/1964 (septiembre-diciembre), págs. 383 y 384, para quien el TDC es un órgano administrativo, pero con funciones jurisdiccionales; DE MEDIZÁBAL ALLANDE, R., “El Tribunal de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho Judicial*, núm. 22/1965 (abril-junio), págs. 90 a 98; GONZALEZ PEREZ, J., “El recurso contencioso – administrativo contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia”, *Revista de Administración Pública*, núm. 58/1969, págs. 172 a 175; SOSA WAGNER, F. y MARTÍN MATEO, R., *Derecho Administrativo económico*, Ed. Pirámide, Madrid, 1977, pág. 235, quien si bien no lo dice abiertamente, si reconoce que “no pertenece al orden jurisdiccional”; GUAITA AURELIO, *Derecho Administrativo especial. Tomo II*, Ed. Librería General, Zaragoza, 1970, pág. 183, reconociendo que “se trata de un órgano administrativo”; SAINZ MORENO, F., “Orden Público económico...”, op. cit., págs. 634 a 638.

¹⁹⁷ Expuestas, entre otros por CARRETERO PÉREZ, A., “Comentarios a la Ley de 20 de julio de 1963...”, op. cit., págs. 383 y 384, para quien el TDC es un órgano administrativo, pero con funciones jurisdiccionales; DE MEDIZÁBAL ALLANDE, R., “El Tribunal de Defensa...”, op. cit., págs. 90 a 98; GONZALEZ PEREZ, J., “El recurso contencioso – administrativo contra acuerdos...” op. cit., págs. 172 y ss.

- Sus actuaciones son, en general, recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Solamente se exceptúan las declaraciones e intimaciones, en cuanto a su “contenido sustancial”, excepción dada por razón de tratarse de un acto discrecional¹⁹⁸. Esta es la razón por la que la resolución del TDC tiene presunción legal de certeza.
- Sus resoluciones son, por su naturaleza, actos administrativos, aun cuando la LRPRC las denomine, con efectos nominativos, como sentencias.

Teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos por ambas posiciones doctrinales, me inclino a pensar que el TDC se creó como un órgano administrativo, especial por sus propias características y materia, pero órgano administrativo en todo caso. Me sumo a los argumentos esgrimidos, pero me permito añadir alguno más, fruto de la perspectiva temporal que ya nos separa de momento de la creación de TDC y de los cambios normativos que se han producido sobre su régimen.

El argumento es que, desde el momento de la aprobación de la Constitución en 1978, el régimen de recursos frente a las resoluciones del TDC fue modificado. Para hacer efectivo el Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), se requería que todas las resoluciones del TDC pudieran ser recurridas, por su forma y por su contenido, ante la jurisdicción ordinaria¹⁹⁹. Parece, por tanto, que el constituyente entendió que el TDC

¹⁹⁸ Así lo expresa DE MEDIZÁBAL ALLANDE, R., “El Tribunal de Defensa...”, op. cit., pág. 97, dándonos recursos de las tesis de la época sobre el control de la discrecionalidad administrativa, al decir que las “resoluciones de la Administración cuyo contenido representa el ejercicio de una potestad discrecional, resultan inatacables en este punto, procedan o no del Tribunal de Defensa de la Competencia, y en consecuencia producen una presunción absoluta de certeza [...]”. A esto hay que añadir los tribunales podían controlar la discrecionalidad cuando pudiera suponer arbitrariedades.

Posteriormente, el propio Tribunal Supremo acogió esta misma tesis en la Sentencia de 10 de marzo de 1969 (Sala 4ª, Ref. Aranzadi 1513). Esta sentencia es analizada por DE LA CUESTA, J. Mª., “Recurso contencioso-administrativo contras las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 114/1969 (octubre-diciembre), págs. 671 a 680, formulando una crítica frente a la decisión adoptada.

¹⁹⁹ El art. 24 CE reconoce el Derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que se vio necesario proceder a reformas el art. 124.2 RTDC para aclarar que contra las Resoluciones del TDC, con independencia del

tenía naturaleza administrativa, pues de lo contrario la reforma que necesitaba el TDC era la de su eliminación, por reconocer la Constitución la Unidad Jurisdiccional (art. 117.6 CE) asumiendo sus funciones los órganos integrantes del único Poder Judicial. Así fue incluso ratificado por el Tribunal Constitucional²⁰⁰.

4.2 El Sistema de Defensa de la Competencia bajo la LRPR

El sistema de Defensa de la Competencia en el que interactúa el TDC, se basaba en la participación de tres órganos diferentes, cada uno con funciones bastante delimitadas.

a) El Servicio de Defensa de la Competencia

Por un lado, se creó el Servicio de Defensa de la Competencia²⁰¹, como órgano dentro de la estructura del Ministerio de Comercio (art. 20.1 LRPRC). Este órgano tuvo su desarrollo normativo por medio del Reglamento orgánico funcional y de procedimiento del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), aprobado por Decreto 422/1970, de 5 de febrero.

Su labor principal era la instrucción del expediente administrativo acerca de actuaciones que pudieran causar restricciones injustificadas a la libre competencia. Labor de

contenido material, cabe recurso contencioso-administrativo. Esta reforma se llevó a cabo por el art. único del Real Decreto 2574/1982, de 24 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Decreto de 4 de marzo de 1965.

²⁰⁰ Véase la STC 80/1983, de 10 de octubre, FJ 1, donde dice que “han de entenderse derogados por la propia Constitución todos aquellos preceptos que excluyen de la revisión jurisdiccional en vía contencioso- administrativa algunas de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia por oponerse a los arts. 24.1, 106.1 y 117.5 de la Constitución, los cuales proclaman el derecho de toda persona a la tutela efectiva de los jueces y tribunales, el sometimiento de toda actuación administrativa al control judicial, y el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales”.

También resulta de interés, el argumento expuesto por en la STC 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 3º d), según el cual la adscripción, aunque sea orgánica, aun Ministerio, define el carácter administrativo del órgano o ente.

²⁰¹ Para un ver un análisis más desarrollado de las funciones del SDC, véase CASES PALLARES, L., *Derecho Administrativo de la defensa...*, op. cit., págs. 251 a 256.

instrucción era una pieza clave del sistema. Sin esta instrucción, el TDC no podría pronunciarse. Y una vez que el TDC se pronunciaba, en caso de declaración de práctica restrictiva e intimaba al infractor a su cese, el SDC también era quien se encargaba de vigilar el cumplimiento de su Resolución, es decir, de su ejecución (art. 20.3 LRPRC).

Por último, también tenía una labor registral, al ser el órgano encargado del Registro de prácticas restrictivas. En este registro administrativo, debían inscribirse provisional o definitivamente, por parte de los operadores implicados, aquellas prácticas restrictivas de la competencia que pudieran ser exceptuables, o ya lo fueran por haberlo autorizado el TDC²⁰².

b) El Tribunal de Defensa de la Competencia

Por otro lado, como decíamos, se creó el TDC, el cual llevaba a cabo importantes funciones y estaba investida de ciertas potestades²⁰³. La primera de ellas y la más importante, era la declaración de prácticas restrictas de la competencia de aquellas conductas de los operadores investigadas por el Servicio de Defensa de la Competencia (art. 13 LRPRC). Decimos que es la más importante porque se convierte en el unido sujeto con esta capacidad, en una materia que cada vez adquiría mayor trascendencia. Solamente el TDC puede hacer la declaración de que una determinada actuación supone una práctica restrictiva prohibida por la Ley, siendo esta una función privativa y excluyente del conocimiento incluso, como ya hemos mencionado, de la justicia. Sobre esta declaración, si se producía en sentido afirmativo, el TDC podía hacer tres cosas. La primera era dirigir una intimación al infractor, indicándole que debe cesar en esa conducta, advirtiéndole de responsabilidades en caso de no hacerlo. La segunda, elevar al Consejo de Ministros una propuesta de sanción. En tercer lugar, poner en

²⁰² CARRETERO PÉREZ, A., “Comentarios a la Ley de 20 de julio de 1963...”, op. cit., págs. 385, resume así la labor del SDC, al decir que “tiene tres funciones: Registral, manteniendo en Registro de prácticas restrictivas, inscribiendo de manera provisional o definitiva los actos exceptuables declarados por el Tribunal, investigadora, tramitando los expedientes que hayan de ser sometidos al Tribunal y ejecutiva, vigilando en cumplimiento de las resoluciones del Tribunal”.

²⁰³ Para un ver un análisis más desarrollado de las funciones del TDC, véase CASES PALLARES, L., *Derecho Administrativo de la Defensa...*, op. cit., págs. 231 a 240.

conocimiento de la jurisdicción ordinaria los hechos, si se consideraba que podía constituir delito (art. 15 LRPRC). El TDC también tenía potestad para declarar la nulidad de acuerdos o contratos bajo los cuales se pudiera cobijar una práctica restrictiva de la competencia (art. 13.2 LRPRC y 5 d) RTDC).

En segundo lugar, tenía potestad autorizatoria, pues el art. 5 LRPRC le otorgaba la competencia para autorizar prácticas que si bien eran restrictivas de la competencia, podían tener un “contribuyan a mejorar la producción o la distribución de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico y económico siempre que los consumidores o usuarios obtengan una parte adecuada de los beneficios que resulten de tales acuerdos o decisiones, y que las posibles prácticas restrictivas que de su aplicación resultaren sean las indispensables para aquella finalidad”.

En relación con esto, el TDC tenía atribuida alguna potestad sancionadora. Ya hemos mencionado antes que las sanciones por haber llevado a cabo prácticas restrictivas de la competencia correspondía imponerlas al Consejo de Ministros, siendo que el TDC tan solo podía elevar una propuesta de sanción al mismo. Solamente dos infracciones podían ser sancionadas directamente por el TDC. Una era la realización de prácticas restrictivas, pero exceptuables sin haber solicitado su inscripción en el Registro de Prácticas Restrictivas. La otra es no solicitar la inscripción definitiva de prácticas exceptuables en el mismo Registro una vez han sido autorizadas y publicada la autorización (arts. 25 y 26 LRPRC).

Por último, tenía alguna función informativa o consultiva. Preceptivamente debía informar aquellos proyectos de Ley que pudieran suponer alguna restricción a la competencia. También tenía la oportunidad de proponer al Gobierno las modificaciones de LRPRC o del RTDC que considerara oportunos “conforme a los dictados de la experiencia” (art. 7 a) y b) RTDC).

c) El Consejo de Defensa de la Competencia

Por último, se instauró el Consejo de Defensa de la Competencia²⁰⁴, igualmente como órgano dependiente del Ministerio de Comercio (art. 23 LRPRC). Este órgano no tenía competencia directa en la defensa de la competencia como el TDC y SDC. Era un órgano consultivo y de estudio.

Preceptivamente debía informar tanto sobre las disposiciones que se dictaran en aplicación de la LRPRC como de las normas sectoriales de competencia que elaboraba el Sindicato Nacional que correspondiera para su posterior aprobación por Gobierno.

Por otra parte, también estudia el mercado, los sectores económicos con el fin de hacer un diagnóstico sobre el grado de competencia en el mercado y sobre las posibles prácticas restrictivas de la competencia que se contemplaban. Este estudio servía de base para proponer, bien los cambios normativos que resultaran oportunos para mejorar la situación, bien la apertura de expediente por parte del SDC.

d) La Defensa de la competencia frente a actuaciones de la Administración

La defensa de la competencia se predicaba sobre las actuaciones de los operadores económicos privados, excluyendo del ámbito de actuación del TDC las actuaciones de la Administración Pública que pudieran restringir la competencia en el mercado (art. 4.1 LRPRC)²⁰⁵.

Sin embargo, en referencia a la actuación de la Administración, el TDC si podía proponer al Gobierno la supresión o modificación de las situaciones de restricción a la competencia que existieran como consecuencia de concesiones administrativas, licencias o autorizaciones otorgadas por las corporaciones locales para el abastecimiento de sus respectivas poblaciones (art. 4.2 LRPRC). También debía informar

²⁰⁴ Para un ver un análisis más desarrollado de las funciones del TDC, véase CASES PALLARES, L., *Derecho Administrativo de la Defensa...*, op. cit., págs. 256 y 257.

²⁰⁵ Para una aproximación temprana sobre la interpretación de estas disposiciones, véase GARRIGUES DÍAZ-CABAÑETE, J., *La Defensa de la Competencia...*, op. cit., págs. 51 a 54.

los proyectos normativos en los que pudieran establecerse restricciones a la competencia (art. 4.3 LRPRC)

4.3 El TDC tras la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia

En el año 1989 se aprueba la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que deroga y sustituye a la LRPRC. Mantiene, sin embargo, el TDC, pero modificando algunos de los elementos del sistema de Defensa de la Competencia.

El sistema sigue asentado en la dualidad de órganos encargados de la Defensa de la Competencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. Sin embargo, desaparece formalmente el Consejo de Defensa de la Competencia, pero no las funciones informativas y consultivas, que asume el propio TDC. Aumentaron, sin embargo, las funciones de Defensa de la Competencia frente a las actuaciones de las Administraciones Públicas²⁰⁶.

Por otro parte, dentro del nuevo marco constitucional, se clarifica su naturaleza jurídica, definiendo el TDC como un órgano administrativo, dentro del Ministerio de Economía, dotándolo igualmente de independencia y autonomía funcional. Siendo esto así, se va avanzando en la independencia del órgano. Por ejemplo, puede interesar la instrucción de expedientes por el SDC (art. 25 b LDC 89).

Respecto de las funciones de Defensa de la Competencia frente a actuaciones administrativas, también hay modificaciones. Bajo esta norma, si bien el avance en el control sobre el poder público no es intenso, el TDC podía informar mediante dictamen no vinculante, y a solicitud del Ministerio de Economía, sobre los efectos que tenían las ayudas públicas en el mercado (art. 19 LDC 89).

Por su parte, el Servicio de la Competencia se integró dentro de la estructura del Ministerio de Económica y Hacienda, concretamente en la Dirección General de Defensa

²⁰⁶ Para ver con detenimiento las funciones y el funcionamiento del TDC y del SDC bajo la LDC 1989, CASES PALLARES, L., *Derecho Administrativo de la Defensa...*, op. cit., págs. 273 a 401.

de la Competencia²⁰⁷. Por lo tanto, mantiene su naturaleza de órgano administrativo dentro del Ministerio, bajo la dirección del Gobierno. Continuarán también las funciones de instrucción y de resolución disgregadas en el SCD la primera, y en el TDC la segunda, aunque bajo la estructura de un solo Ministerio.

4.4 La Independencia del Tribunal de Defensa de la Competencia

La LDC de 1989, establecía que el TDC está “adscrito orgánicamente al Ministerio competente por razón de la materia” y que “ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico” (art. 20 LDC).

Esta declaración mantenía la naturaleza jurídica administrativa que el TDC tenía bajo la LRPRC. Pero ahora la discusión ya no era sobre si su naturaleza administrativa o judicial, sino que se traslada a otra sede. Asumida su naturaleza administrativa, la doctrina disertó sobre si era un órgano administrativo dentro del Ministerio competente, o más bien se trataba de un tipo de Administración que empezaba a tener entrada en nuestro país, cuál era el de una Administración Independiente.

Cierto es que se decía del TDC que ejercía sus funciones con independencia y autonomía, pero no poseía una de las notas esenciales para hablar de Administración Independiente, cual es la de la personalidad jurídica propia. No se la reconocía tal cualidad por el ordenamiento. Al contrario, el TDC estaba adscrito “orgánicamente” al Ministerio competente. Es por ello que se le debe considerar como un órgano

²⁰⁷ Por disposición del Real Decreto 177/1990, de 9 de febrero, por el que se integra el Servicio de Defensa de la Competencia en la Secretaría de Estado de Comercio del Ministerio de Economía y Hacienda y se modifica el artículo 34 del Real Decreto 222/1987, de 20 de febrero, por el que se estructura el Ministerio de Economía y Hacienda. Posteriormente, se reestructura la Dirección General de Competencia, pero sin modificar mayormente sus funciones, por Real Decreto 143/1993, de 29 de enero, por el que se crean dos unidades de carácter técnico en el Tribunal de Defensa de la Competencia y se reestructura parcialmente la Dirección General de Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía y Hacienda.

administrativo del Ministerio, aun cuando pudiera ejercer sus funciones de forma autónoma y sin directrices o instrucciones del Gobierno²⁰⁸.

Tras la regulación inicial del TDC por la LDC 89, acaece una de las más reformas más importantes, que se opera a través de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social²⁰⁹ –de las conocidas como leyes de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado-. Concretamente el art. 63, modificando el art. 20.1 LDC, configura al Tribunal de Defensa de la Competencia como un Organismo Autónomo y lo dota, por primera vez en su historia, de “personalidad jurídica pública diferenciada”.

Sin duda, este hecho modifica su naturaleza jurídica. Se le dota de la personalidad jurídica necesaria –no suficiente- para poder ser calificada como Administración Independiente²¹⁰. Pero no acaban ahí las dudas, pues la LDC 89 y el Real Decreto 864/2003, de 4 de julio, por el que se aprueba el Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia (ETDC 03), lo calificaba como organismo autónomo, remitiendo a la regulación que de estos hacia la derogada LOFAGE. Los organismos autónomos, se adscribían en el momento, a la Administración General del Estado con un vínculo de instrumentalidad (art. 44 LOFAGE, hoy art. 98.1 LRJSP). Esta vinculación a la Administración General del Estado se establece mediante un Ministerio, del que dependían y “al que corresponde la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad” (art. 43.2 LOFAGE, hoy 98.2 LRJSP).

²⁰⁸ El art. 3.4 del Real Decreto 755/1991, de 10 de mayo, de Reforma parcial de la Estructura Orgánica básica del Ministerio de Economía y Hacienda nos dice que el TDC dependía orgánicamente del Secretario de Estado de Economía, “sin perjuicio de su independencia funcional”

²⁰⁹ BOE núm. 313, del 31 de diciembre de 2001, Ref.: 24965.

²¹⁰ Para SALVADOR MARTÍNEZ, M., *Autoridades Independientes*, op. cit., págs. 258 a 260 y 275 a 276, esta atribución de personalidad es la que hace que el TDC pueda ser categorizado, desde ese momento, como Autoridad Independiente.

No es así, sin embargo, para otros autores, para quienes el TDC tenía naturaleza de AAI aun sin habersele reconocido personalidad jurídica propia. Por todos, MAGIDE HERREO, M., *Límites constitucionales de las Administraciones...*, op. cit., págs. 40 a 47, o MONTERO PASCUAL, J. J., *Regulación Económica. La actividad administrativa...*, op. cit., págs. 40 y ss.

Dicho esto, y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de las Administraciones Independientes, es natural que aparezcan dudas sobre la verdadera naturaleza del TDC creado por la LDC 89.

En primer lugar, la LDC 89, reconoce en su art. 20 que el TDC ejercería sus funciones con “plena independencia”, pero el art. 1.1 ETDC asume realmente la “autonomía de gestión”. Si bien se reconocen ciertas garantías de independencia, cabe preguntarse si estas son suficientes como para reconocer una independencia real.

En cuanto a los nombramientos, nada se dice sobre la solvencia técnica de los candidatos, más allá de que el nombramiento debe hacerse de “entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio” (art. 7.2 ETDC). Su nombramiento, que por otra parte, recae sobre el Gobierno sin intervención alguna de las Cortes Generales, se lleva a cabo por un mandato de seis años renovables a un solo mandato más (art. 21.2 LDC 89, si bien el art. 8.1 ETDC, lo rebajó *contra legem* cinco años). Las causas de cese o de suspensión están tasadas, limitando así el poder de nombramiento y cede discrecional del Gobierno (art. 23 LDC 89 y art. 12 ETDC). Limitación que se ve atemperada por la posibilidad de no renovar al vocal en el cargo. En este punto, se establece igualmente un régimen de incompatibilidades como Altos Cargos de la Administración (art. 22 LDC 89 y art. 10 ETDC).

En lo que se refiere al sistema de recursos frente a las actuaciones de TDC, este hace una diferenciación por razón de la materia. Mientras que para los actos y resoluciones recaídas en procedimientos en materia de defensa de la competencia, por la adopción de medidas cautelares y las resoluciones definitivas del Pleno del TDC “no cabe ningún recurso en vía administrativa y sólo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo” (art. 23.1 ETDC). Para el resto de actuaciones, se establece la posibilidad de plantear un recurso administrativo.

Por último, el control del organismo, sin perjuicio del necesario control judicial, correspondía principalmente al Gobierno. El Ministro de Economía efectuaba un control de eficacia sobre las actuaciones del TDC, con una finalidad concreta, la cual era “comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los

recursos asignados” (art. 22.4 ETDC). Ciertamente, este control, unido a lo ya mencionado, podría coartar o mermar la independencia del TDC.

Por todo ello, no puede decirse que el TDC haya sido, en ningún momento una Autoridad o Administración Independiente, aun cuando haya ejercido sus funciones con autonomía o independencia, pues no es lo mismo, y no debe confundirse su naturaleza jurídica con los principios y reglas que rigen su funcionamiento, aun cuando ambas guarden para el caso, una relación estrecha²¹¹.

Por último, respecto de la Defensa de la Competencia frente a actuaciones administrativas, podemos decir no es grande el avance. Si bien se establece, por mor de la entrada como miembro de pleno derecho en la Unión Europea, cierto control sobre las ayudas públicas otorgadas a empresas. El TDC podía emitir un Dictamen sobre los efectos en la competencia de las ayudas públicas de que se tratase. Pero este informe no era ni preceptivo ni vinculante, además de solo poder ser emitido previa solicitud del Ministerio correspondiente (art. 19 LDC 89).

También se establecía la oportunidad de que el TDC informara los anteproyectos de normas con rango de Ley que afecten a la competencia, pudiendo dirigir informes a cualquier poder u órgano del Estado, así como estudiar y someter al Gobierno las oportunas propuestas para la modificación de la LDC (art. 26 LDC 89).

4.5 La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y la Comisión Nacional de Competencia.

En el año 2007 se aprueba la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que deroga y sustituye la LDC 89. Esta norma crea la Comisión Nacional de Competencia (CNC), que sustituyó al TDC, y reformó en profundidad todo el sistema español de Defensa de la Competencia. Este organismo se crea ya, desde un inicio, como

²¹¹ Por ejemplo, BAÑO LEÓN, J. M., “El servicio de defensa de la competencia y el tribunal de defensa de la competencia”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7/1996, págs. 211 a 247. MONTERO PASCUAL, J. J., *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la Competencia*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 55 y 56. (ver su nota 68 de baño león)

Administración Independiente, “encargado de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional” (art. 12.1 LDC07).

Como hemos estado examinando, el sistema de defensa de la competencia descansaba en la actuación de dos órganos administrativos diferenciado. Por una parte, el TDC, como órgano de decisión y resolución. Por otra, el SDC, como órgano de instrucción. Estos dos se encontraban dentro de la estructura ministerial, y bajo la dependencia orgánica de este.

Esto cambia con el nacimiento de la CNC, que integra dentro de su estructura todas las funciones y potestades, tanto del TDC como del SDC. De esta forma, las funciones de instrucción y de resolución recaen en un mismo organismo.

A ello hay que añadir que la CNC nace como una Administración independiente, pues se conjugan en la misma todas las características propias de esta forma de administración. Estas ya venían dándose en el TDC, pero careciendo de la personalidad jurídica diferenciada. Esto cambió, como vimos, en el año 2001 con una reforma de la LDC 89.

Sin embargo, la nueva norma recogía esos mismos rasgos y los integraba en la recién creada CNC *ad initio*, continuando y asentando un sistema de Defensa de la Competencia en España bajo la administración de una AAI.

Por último, la CNC poseía capacidad y competencia para actuar frente a actuaciones administrativas que fueran contrarias a la libre competencia. Estas se concretaban en tres actuaciones concretas.

La primera y más importante es la legitimación para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa, todas aquellas actuaciones administrativas, incluidas las reglamentarias, que considerara que restringían la libre competencia (art. 12.3 LDC 2007).

La segunda, consistente en la elaboración de Informes y la proposición al Gobierno, a través del Ministro del ramo, de la modificación o derogación de aquellas normas o actuaciones que restringe la competencia (art. 26.1 LDC 2007).

La tercera, respecto a las ayudas públicas, frente a las cuales podía emitir un Informe sobre los efectos que estas pudieran tener en el mantenimiento de la “competencia efectiva de los mercados”, o proponer las medidas que estimara para el mantenimiento de la competencia (art. 11 LDC 2007)

La cuarta y última, ejercía como órgano consultivo del Estado en su conjunto y de determinados sujetos privados, sobre la materia de Defensa de la Competencias (art. 25 LDC 2007).

5. LA COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

En el año 2013, en aplicación del Programa Nacional de Reformas, se crea la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC). Surge de la fusión de diferentes organismos reguladores y supervisores²¹², que hasta el momento venían funcionando en nuestro país, entre los que se encontraba la misma CNC.

De esta forma, se integran en un mismo ente, organismos que tenían funciones diversas, destacando aquellos que llevaban a cabo actividades de regulación y de supervisión (organismos sectoriales), con el organismo encargado de la Defensa de la competencia (que a la postre tan solo ejercía funciones supervisoras)²¹³.

Es por ello que parece conveniente detenernos en hacer un análisis de la naturaleza y de las funciones CNMC²¹⁴, con el fin de aproximarnos al funcionamiento general del ente

²¹² La LCNMC agrupa en este único organismo a la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. Quedan fuera, como organismos reguladores y supervisores sectoriales de la economía, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Consejo de Seguridad Nuclear (DA Segunda LCNMC).

²¹³ Esta creación ha sido contestada desde la doctrina. Así, por ejemplo, RALLO LOMBARTE, A., “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: los reparos de las instituciones europeas sobre la independencia del regulador”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 34/2014, págs. 193 a 234.

²¹⁴ Sobre su funcionamiento y estructura, me remito a su Ley de creación y al Estatuto Orgánico de esta AAI, así como al estudio de LAVILLA RUBIRA, J. J., “Organización y funcionamiento de la CNMC”, en *La*

al que el legislador ha dado un papel fundamental en la defensa y garantía de la unidad de mercado. De esta forma, tendremos un mejor entendimiento de su actuación en esta última materia.

5.1 La naturaleza jurídica de la CNMC

La naturaleza de la CNMC es la propia de lo que nuestra doctrina ha venido en llamar Administración o Autoridad Independiente²¹⁵. Para afirmarlo, ya hemos analizado las características de este tipo de Administración y ahora encajaremos cada una de ellas a la CNMC.

Pero antes, debemos detenernos en lo que la propia LCNMC y el EOCNMC (aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC) establecen en relación a su naturaleza jurídica. Así, se nos dice que la CNMC es un organismo público de los que se recogían en la DA 10ª de la LOFAGE²¹⁶ (art. 1.1 LCNMC y 1.1 EOCNMC). Esta norma, hoy derogada, simplemente hacía mención a su régimen jurídico, advirtiendo expresamente que se regirá por su normativa específica, y solo de manera supletoria por la también derogada LOFAGE. Así se establecía en general para aquellos organismos públicos a los que se les reconociese por Ley independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado.

Realmente no identifica la naturaleza jurídica de la CNMC, pero sí reconoce algunas de las características que vimos eran necesarias para determinar la naturaleza de

Comisión Naciones de los Mercados y la Competencia (Dir. Carlón Ruíz, M.), Ed. Civitas, Pamplona-Navarra, 2014, págs. 657 a 700

²¹⁵ Si bien existen autores que no admiten sin reparos esta afirmación. Así, entre otros NAVARRO RODRÍGUEZ, P., “La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: naturaleza, régimen jurídico e independencia”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 34/2013, págs. 10 a 15, donde afirma que, si bien con carácter general se puede considerar a la CNMC como una Administración Independiente, “en algunos aspectos no cumple totalmente con los requisitos que hemos descrito anteriormente como los principios propios de toda Administración independiente”.

²¹⁶ La LOFAGE fue derogada por la LRJSP.

Administración Independiente, y que se acomodan a la actual regulación de las Administraciones Independientes. Estas son:

a) Independencia y autonomía

La independencia de la CNMC viene recogida en el ordenamiento. La independencia se predica tanto del sector privado –“independencia de cualquier interés empresarial o comercial”, así como prohibición de “solicitar o recibir instrucciones de ninguna entidad [...] privada” (art. 3.1 LCNMC)- como del sector público – impidiendo “solicitar o recibir instrucciones de ninguna entidad pública” (art. 3.2 LCNMC)-, entre los que la norma nombra de forma específica al Gobierno y a las Administraciones Públicas (art. 2.1 LCNMC).

Teniendo en cuenta los criterios que se toman para garantizar la autonomía de las Administraciones Independientes, podemos deducir si la CNMC se encuadra dentro de esta tipología de la organización administrativa.

Así, en cuanto a su *régimen jurídico*, el art. 2. 2 LCNMC nos dice que la CNMC rige por su propia norma de creación, por el desarrollo que efectúa el EOCNMC, así como por las leyes de los sectores y mercados sobre los que proyecta su actuación. Supletoriamente se rige por la normativa común y general sobre régimen y procedimiento administrativo (LRJSP, LPAC y por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en adelante LGP). Tiene, por lo tanto, un régimen jurídico propio y específico.

En la LCNMC y en el EOCNMC encontramos previsiones respecto del régimen jurídico del personal y de la contratación que hacen remisión igualmente a las normas generales como el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP) y al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), que ha sido derogado por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por (LCSP)r la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

En lo respecta a su *régimen de nombramientos*, establece el art. 15 LCNMC que los miembros del Consejo de la CNMC son nombrados por el Gobierno, por un solo mandato

de seis años, y por lo tanto superior al de una legislatura, de entre personas “de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la Comisión”. Además, su renovación es parcial cada dos años. El Parlamento también interviene el nombramiento, pues los sujetos propuestos deben comparecer personalmente ante el Congreso de los Diputados en comisión, pudiendo vetar al candidato por voto de la mayoría absoluta.

Su cese solamente puede decretarse por causas tasadas en la propia norma (art 23 LCNMC). En su mayoría son causas que en las que el Gobierno no tiene capacidad de decisión o control, tan solo de reconocimiento de la situación. Nos referimos, por ejemplo y entre otros, al cese por terminación de mandato o por incapacidad permanente. Pero hay una causa de cese en la que el Gobierno mantiene cierta capacidad valorativa, si bien limitándose al máximo su discrecionalidad. Esta se da cuando el Gobierno acuerda la separación del cargo al considerar y constatar un “incumplimiento grave de los deberes de su cargo o el incumplimiento de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de interés y del deber de reserva” (art. 23.1 f LCNMC). Son tan estrictos los términos, que la capacidad del Gobierno en el supuesto descrito no desvirtúa la independencia del organismo.

Por otra parte, se establecen ciertas garantías de independencia y de imparcialidad de los miembros del Consejo de la CNMC, como un régimen de incompatibilidades y de dedicación exclusiva durante el ejercicio de su mandato y de incompatibilidades durante los dos años posteriores al cese. A esto se suma el deber de todo el personal al servicio de la CNMC, que con anterioridad hayan prestado servicios profesionales en sectores o mercados bajo supervisión de organismo, de informar al Consejo sobre los cualquier derecho o facultad, cualquiera que sea su denominación, a reserva o recuperación de las relaciones profesionales, a indemnizaciones o a cualesquiera ventajas de contenido patrimonial” (art. 24 LCNMC).

En cuanto al *control de la CNMC*, a salvo del control judicial, esta responde de forma directa y periódica frente al Congreso de los Diputados²¹⁷. El Presidente –y si así lo solicita la Cámara, también otros consejeros- ha de comparecer al menos una vez al año, donde expondrá las líneas de actuaciones y los planes de actuación, que deben estar recogidos en una Memoria Anual que se remitirá igualmente a la Cámara baja.

También, cada tres años, se establece una comparecencia especial del Presidente de la CNMC, con el fin de evaluar el Plan de actuación y los resultados obtenidos por el ente. Es decir, se establece una sesión especial para el control de la eficacia de la CNMC. En tiempos anteriores, como ya hemos visto, ese control lo efectuaba el Gobierno, pero ahora, lo hace el Parlamento.

El *régimen de recursos* también apunta hacia su independencia o autonomía. El art. 36 LCNMC recoge un sistema dual en función del órgano cuya actuación se pretenda recurrir. En primer lugar, las actuaciones del Presidente y del Consejo, ponen fin a la vía administrativa y solamente se pueden recurrir en vía contenciosa-administrativa, pues se veda en recurso de reposición. En segundo lugar, las actuaciones del resto de órganos de la CNMC, pueden ser objeto de recurso administrativo. Ante esta afirmación, surgen algunas cuestiones. Por un lado, cuáles son los órganos de la CNMC distintos de la Presidencia y del Consejo. Por otro lado, si las actuaciones de estos órganos ponen o no fin a la vía administrativa, para conocer, en definitiva, en tipo de recurso que cabe contra ellas.

La LCNMC establece dos tipos de órganos dentro del ente. Primeramente, los órganos de Gobierno, que son el Presidente y el Consejo (art. 13 LCNMC). Sobre estos, decíamos que no cabe recurso administrativo. El otro tipo de órganos, son los órganos de dirección (art. 25 LCNMC). ¿Las actuaciones de los órganos de dirección ponen fin a la vía administrativa? Pues la respuesta no está clara, debiendo hacer un ejercicio de interpretación que no arrojará un resultado del todo claro. Nos dice el art. 114.1 c) LPAC, que ponen fin a la vía administrativa los actos y resoluciones de los órganos que no tengan

²¹⁷ No obstante, y sin perjuicio de lo dicho, el Congreso o el Senado, pueden citar para comparecer al Presidente de la CNMC, cuando estas cámaras lo estimen, y de acuerdo con sus respectivos Reglamentos (art. 39.3 LCNMC).

superior jerárquico. Añade el art. 114.2. d) LPAC, que también ponen fin a la vía administrativa, los actos y resoluciones “emanados de los máximo órganos de dirección” de “los Organismos públicos y entidades derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado”, salvo que por ley se establezca otra cosa. Estos son los dos supuestos ante los que nos podemos encontrar.

Respecto al último de ellos, parece dar una solución al problema planteado, pues nos referimos aquí a los órganos de dirección de la CNMC, como exige el precepto. Pero esa solución, hay que conjugarla con la atribución que hace el art. 8.2 d) EOCNMC al Consejo, el cual es competente para resolver “los recursos contra los actos y las decisiones adoptadas por otros órganos cuya decisión o resolución correspondan al Consejo”²¹⁸. Mientras que la LPAC implanta el fin de la vía administrativa de los actos y resoluciones de los órganos de dirección, para la LCNM parece –pues no lo clarifica- que estos no ponen fin a la vía administrativa, cabiendo recurso ante otro órgano, a saber, el Consejo.

Este recurso ha de ser el de Alzada, puesto que lo resuelve un órgano distinto del que lo dictó. Pero si esto es así, la conclusión es que los órganos de dirección son jerárquicamente inferiores a los órganos de gobierno. De esta forma encaja con la previsión del art. 114.1 c) LPAC.

En cualquier caso, es el mismo organismo el que resuelve, aun cuando, en algunos casos, dentro de este, quepa la interposición de Recurso de Alzada²¹⁹. En definitiva, contra las actuaciones finales CNMC como organismo, tan solo cabe acudir a un proceso contencioso-administrativo, sin que el Gobierno ni sus miembros resuelvan, bien para confirmar, bien para corregir, recurso alguno contra la actuación de la CNMC. De todas formas, los órganos de dirección no tienen capacidad de resolución, sino tan solo de instrucción, por lo que los supuestos de hecho bajo los que caben recursos

²¹⁸ También el Presidente de la CNMC tiene competencia para resolver “recursos contra actos y las decisiones adoptados en materia de sus competencias” (art. 15.2 ñ EOCNMC).

²¹⁹ El Recurso de alzada no es, en conclusión y a mi juicio, un recurso que ha de resolver el Ministro de Economía, como por ejemplo afirma, NAVARRO RODRÍGUEZ, P., “La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: naturaleza...”, op. cit., págs. 10 y ss., Esto a su vez, tiene como consecuencia que el Ministro sea el quien deba resolver los recursos administrativos frente a las actuaciones de la CNMC.

administrativos serán muy reducidos. Quizás contra algún acto de trámite, si estos, como exige la ley, “deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos” (art. 112.1 LPAC).

Por último, debemos hacer mención al *régimen económico* de la CNMC, a las garantías de independencia financiera. En este sentido, se establece un régimen económico, financiero y patrimonial para el organismo, reconociendo que la CNMC tiene un “patrimonio propio e independiente del patrimonio de la Administración General del Estado” (art. 33.1 LCNMC). Este patrimonio se compone de la asignación presupuestaria de los Presupuestos General del Estado, los bienes y derechos obrantes en su patrimonio y las rentas y productos de estos, así como aquellos que se les atribuyan por ley. A ellos hay que añadir la recaudación de ciertas tasas a favor de la misma CNMC²²⁰.

El control económico y financiero externo se ha atribuido al Tribunal de Cuentas (art. 33.3 LCNMC y art 45.1 EOCNMC). No obstante, la gestión económica y el control financiero permanente e interno lo efectúa la Intervención General del Estado, a través de una Intervención Delegada en la CNMC (arts. 34.5 LCNM, 45.2 EOCNM y 134 LGP). En este sentido, si bien la Intervención forma parte de la estructura administrativa y realiza un control interno, no creo que fragilice la independencia de la CNMC, pues además de actúe por medio de una Intervención Delegada, por la propia configuración de la Intervención General del Estado, esta debe actuar con plena autonomía “respecto de las autoridades y demás entidades cuya gestión controle” (art. 140.2 y 144 LGP)²²¹. Además, su control debe ser objetivo y circunscrita a materias económico-presupuestarias, de

²²⁰ Sobre el régimen económico y financiero de la CNMC, quizás sea este el punto en que menos se de la independencia. Como afirma MONTERO PASCUAL, J. J., *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa...*, op. cit., págs. 107 y 108.

²²¹ Norma desarrollada por el Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado. Se debe tener en cuenta, además, el Real Decreto 769/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Función Pública y se modifica el Real Decreto 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, que adscribe la Intervención General del Estado, con rango de Subsecretaria, al Ministerio de Hacienda.

gestión financiera, que no afectan de forma directa a la labor reguladora y supervisora de la CNMC.

b) Personalidad jurídica propia

A la CNMC se le atribuye personalidad jurídica propia, y plena capacidad pública y privada (art. 2.1 LCNMC). La atribución de personalidad, como decíamos *supra*, conlleva la atribución de responsabilidad.

La adscripción a un Ministerio, en este caso el de Economía, no es óbice, como arguyen algunos en la doctrina²²², para afirmar la independencia y autonomía de la CNMC. Se trata de una adscripción formal que deriva del propio sistema administrativo español, en el cual el Gobierno tiene atribuida la dirección de la Administración²²³. Esto quiere decir que toda la estructura administrativa estatal debe estar de algún modo vinculada al Gobierno como órgano supremo de la Administración General del Estado, aun cuando se reconozca a algún ente una especial autonomía o independencia. Este es el caso de lo previsto para la CNMC. La vinculación al Ministerio de Economía es, en consecuencia, puramente formal, por lo que no le resta aptitud como Administración Independiente.

c) Naturaleza de Autoridad independiente derivada de las normas de la UE

Por último, se hace necesario mencionar cómo influyen –y se podría decir que hasta cierto punto determinan- en la naturaleza jurídica de la CNMC las normas e informes que provienen de la Unión Europea.

A este respecto, la UE ha dictado normas relativas a la defensa de la competencia y de Mercado Único, nacidas sobre todo de los arts. 101 y 102 del TFUE. Estas normas han sido tanto generales como sectoriales. La evolución, como veremos, ha ido de no imponer ningún modelo organizativo concreto de la Administración, aplicando el Principio de subsidiaridad de derecho de la UE, ha ido adquiriendo un papel importante

²²² En contrario se pronuncia NAVARRO RODRÍGUEZ, P., “La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: naturaleza...”, op. cit., págs. 10 y ss., quien expone que la adscripción al Ministerio de Economía no es solamente formal, sino que supone la existencia de la relación de sujeción especial entre la CNMC y el Gobierno.

²²³ En el mismo sentido se manifiesta MONTERO PASCUAL, J. J., *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa...*, op. cit. págs. 87 y 88.

la independencia de las autoridades nacionales encargadas de su cumplimiento, requiriendo de estas unas caracterizas que las convierten, por definición, en AAI²²⁴.

Pero antes, debemos hacer mención a la noción de “independencia” que se maneja dentro de la normativa de la Unión Europea respecto de este modelo de organización administrativa²²⁵. Este tiene un significado similar al que se maneja dentro de nuestra legislación nacional. Se desprende, tanto de la normativa como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²²⁶, las siguientes características que denotan independencia:

- Su independencia debe prodigarse tanto de los operadores económicos privados, como del resto de autoridades públicas, en cuanto al ejercicio de sus funciones, con el fin de garantizar su máxima objetividad e imparcialidad.
- Deben tener personalidad jurídica propia y diferenciada dentro de la organización administrativa o institucional.
- Deben estar dotadas de los recursos -personales, materiales y financieros- precisos para el su correcto funcionamiento.
- En todo caso, están sometidas, por Principio democrático, a todo el ordenamiento jurídico, pues su independencia no alcanza tal exclusión.

²²⁴ En este sentido, reflexiona DE LA CUADRA SALCEDO, T., que si bien la UE tiene competencia para imponer esta fórmula de organización administrativa, lo ha estado haciendo, pero incumpliendo las previsiones del Protocolo 2º del Tratado de la Unión Europea-Lisboa (DE LA CUADRA SALCEDO, T., “Perfiles europeos y conceptuales de las Autoridades Reguladoras y de su estatuto. La cuestión de la independencia”, en *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (Dir. Carlón Ruíz, M.), Ed. Civitas, Pamplona-Navarra, 2014, págs. 115 a 117).

²²⁵ Sobre el tema, y más profundamente, véase la exposición de POMED SÁNCHEZ, L., “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Administración Independiente”, en *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (Dir. Carlón Ruíz, M.), Ed. Civitas, Pamplona-Navarra, 2014, págs. 209 a 217.

²²⁶ Ilustrativamente, STJCE de 10 de julio de 2003 (Asunto C-11/00), STJCE de 3 de diciembre de 2009 (Asunto C-424/07), STJCE de 9 de marzo de 2010 (Asunto C-518/07), STJCE de 6 de octubre de 2010 (Asunto C-389/08). En cuanto a la normativa, veremos ejemplos específicos a continuación.

Pues bien, como decíamos, la UE dicta normas donde se impone la necesidad de independencia -en los términos recogidos por la jurisprudencia de los tribunales de la UE-, de quien, dentro de la Administración pública, ha de encargarse de la efectiva aplicación de estas mismas normas sobre Libre competencia²²⁷. Así, sectorialmente, podemos mencionar como ejemplo, los siguientes mercados o sectores, hoy bajo las funciones de la CNMC:

- Mercado de las Telecomunicaciones - En este concreto sector, podemos ver una progresión que comienza con la Directiva 92/44/CEE de Consejo de 5 de junio de 1992 relativa a la aplicación de la oferta de red abierta a las líneas arrendadas. Esta Directiva, guía a los Estado Miembros a la creación o adaptación de uno o varios organismos que se encargarán de las funciones establecidas en esa misma norma –por ejemplo, la supervisión de los organismos de telecomunicaciones (art. 8)-. A estas se las denomina en la Directiva como Autoridades Nacionales de Reglamentación, y se las debe dotar de dos características propias de las AAI. Así, se dice que los organismos –ANR- debe ser “distintos y funcionalmente independientes de los organismos de telecomunicaciones” (art. 2). Si bien estas características tan solo se mencionan en las definiciones que ofrece la propia Directiva.

Tras ella, se aprobó la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. En ella se insistía en la necesidad de una AAI, que supervise a los operadores de las telecomunicaciones. No obstante, ya se establecía como una obligación para los Estados miembros, garantizar “la independencia de las autoridades nacionales de reglamentación,

²²⁷ Sobre la evolución de las normas de la Unión Europea exigiendo independencia a la Administración encargada de la Defensa de la competencia en general y encargadas de la regulación y supervisión sectorial, puede verse BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Regulación: Mito y Derecho...*, op. cit., págs. 318 a 326. También SOLANES MULLOR, J., *Administraciones Independientes y Estado...*, op. cit., págs. 160 a 177, o DE LA CUADRA SALCEDO, T., “Perfiles europeos y conceptuales de las Autoridades Reguladoras...”, op. cit., págs. 79 a 141.

velando por que sean jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de todas las entidades suministradoras de redes, equipos o servicios de comunicaciones electrónicas” (art. 3.2).

Esta fue derogada por Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, que incide en la misma necesidad de independencia de las autoridades nacionales de reglamentación, en los mismos términos (art. 6).

- Mercado de la Energía – Con similar evolución que el sector de las telecomunicaciones se ha manifestado en sector energético. No es hasta las Directivas de 2009 (Directiva 2009/73/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE, en su art. 39, y la Directiva 2009/72/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009²²⁸ sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, en su art. 35) que se exigen de los Estados una determinada organización administrativa, mediante la creación de un organismo supervisor con las exigencias propias de una AAI, en los mismos términos que se exige para el mercado de las telecomunicaciones ²²⁹.

²²⁸ Actualmente derogada por Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE

²²⁹ En este caso, nos referimos de plano a las Directivas del año 2009, pues son estas las que marcan la verdadera nota de independencia de las Autoridades Nacionales, estableciendo la necesidad de independencia frente a las instituciones propiamente gubernamentales. No obstante, ya en las Directivas de 2003 (llamadas de segunda generación, como la Directiva 2003/55/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE (art. 25.1), y la Directiva 2003/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE (art. 23), se comenzaba a requerir algo de independencia, predicándose tan solo de los operadores económicos.

Si bien la Directiva 2009/72 de 13 de julio, daba un paso más y avanzaba en la independencia del regulador nacional. Las anteriores, tan solo obligaban a la independencia del regulador respecto de los operadores –si bien en algunos casos estos estaban todavía bajo en dominio público-. Sin embargo, podemos ver en esta tercera Directiva que ya en los Considerando 33 y 34, se establecía la necesidad de independencia en la toma de decisiones, en relación con “cualquier otro interés público o privado”. También apunta a la “autonomía presupuestaria”, ideas que plasmaba el art. 35 de la propia Directiva, exigiendo garantías de independencia (personalidad jurídica propia, régimen rígido de nombramiento, cese y mandatos de los cargos, toma de decisión autónoma, o presupuestos separados).

En la misma línea avanza la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE, que deroga la Directiva 2009/72, de 13 de julio, en su art. 57.

- Sector Postal – Actualmente es la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio –en su modificación hecha por Directiva 2008/6/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de febrero de 2008-, la que impone ciertas obligaciones de independencia para la Autoridad Nacional que supervisa el sector postal.

Encontramos, en el Considerando 47 de la Directiva 2008/6/CE de modificación, que los Estados Miembros “deben garantizar la independencia de las autoridades nacionales de reglamentación con el fin de asegurar la imparcialidad de sus decisiones”; también que las “autoridades nacionales de reglamentación deben disponer de todos los recursos necesarios en cuanto a personal, competencia y medios financieros para el cumplimiento de su misión”. Por ello, el art. 22 de la Directiva 97/67/CE, recoge que “Cada Estado miembro designará una o más

autoridades nacionales de reglamentación para el sector postal, jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de los operadores postales”.

Todavía no se exigen la independencia y las garantías que hemos visto para el sector energético y de las telecomunicaciones –si bien en España se cumplen en la CNMC-, pero se empieza a perfilar que el camino a seguir idéntico.

En nuestro caso, nos interesa destacar el Reglamento CE 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstos en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (hoy 101 y 102 TFUE). El Reglamento ciertamente no habla sobre la naturaleza jurídica de las Autoridades de Competencia de los Estados miembros. Ni siquiera de su independencia o autonomía funcional. Incluso reconoce la pluralidad de sistemas públicos de los Estados Miembro, para el cumplimiento de las normas de competencia (considerando 35).

Pero con el paso del tiempo, la postura de la UE ha ido matizándose. De hecho, sobre la aplicación de este Reglamento por lo que dentro de la Unión Europea se han denominado Autoridades Nacionales de Competencia (ANC), se ha dicho por la propia Comisión Europea que, si bien este Reglamento, y en general la legislación de la UE, dejan abierto la estructura o sistema institucional que ha aplicar las normas de competencia, también reconoce explícitamente que para “garantizar el cumplimiento efectivo de las normas de competencia de la UE, las ANC deben ser independientes en el ejercicio de sus funciones y disponer de recursos adecuados”²³⁰.

²³⁰ Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo, “Diez años de aplicación de la normativa antimonopolio del Reglamento (CE) nº 1/2003: logros y perspectivas futuras”, Bruselas 9 de julio de 2014 – CO (2014) 453, Punto 27. En el mismo sentido ya se había pronunciado con anterioridad, como por ejemplo en el Informe de la Comisión Europea “Despite the reform of competition law, there are some concerns about the Independence of the competition authorities”, Report on the implementation of the 1999 Broad Economic Policy Guidelines; European Commission Directorate-General for economic and financial affairs nº1/2000, y “Despite the reform of competition law, there are some concerns about the Independence of the competition authorities”, Report on the implementation

En nuestro caso, esta Autoridad Nacional de Competencia es la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia²³¹, por lo que en definitiva, es a este organismo a quien la Unión Europea requiere de autonomía o de independencia en su actuación, al menos en cuanto a la aplicación de las normas de la UE

5.2 Las funciones de la CNMC

La LCNMC y su Estatuto Orgánico (EOCNMC) atribuyen diversas funciones a la CNMC. Las veremos de forma breve. Haremos una breve mención a las funciones en relación a la Unidad de Mercado, pues estas son objeto de esta tesis, y serán ampliadas en los siguientes capítulos.

Pero antes, hemos de decir que los organismos públicos que intervienen en la economía han tenido básicamente tres funciones públicas. Por un lado, la función reguladora, que permite ordenar o regular, mediante normas jurídicamente vinculantes, el sector económico objeto de la misma²³². Esta regulación ha ido encaminada fundamentalmente a la protección preventiva de la libre competencia dentro del sector regulado, así como a garantizar el servicio a los usuarios, aunque también se regulan otras materias²³³. En definitiva, a garantizar tanto los derechos de los operadores como de los consumidores y usuarios.

of the 2000 Broad Economic Policy Guidelines; European Commission Directorate-General for economic and financial affairs, nº 2/2001.

²³¹ Así lo establece el Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia.

²³² Debido a la fusión de organismos, la Exposición de Motivos de la LCNMC hace una clasificación de funciones acorde a la integración. Con anterioridad, los organismos reguladores, lo eran porque la simple supervisión no garantizaba el correcto funcionamiento de los mercados ni la libre competencia. Ello hacía necesario que el organismo pudiera dictar normas –llamadas comúnmente Circulares- con el fin de lograr estos objetivos, por lo que habían sido creados. Así, a las funciones reguladoras ahora se las denomina “funciones singulares”.

²³³ Si bien esas materias pueden de forma tangencial afectar a la libre competencia, su materia era fundamentalmente otra. Así, por ejemplo, el Banco de España o la CNMV, dictan además normas de protección general del orden público económico.

Por otro lado, tenemos la función supervisora del sector o mercado sobre el que el organismo proyectaba su actuación. De esta forma, el organismo no regulaba, no dictaba normas que garantizaran la libre competencia entre los operadores, sino que solamente supervisaba la correcta aplicación de normas creadas desde las instituciones con competencia normativa (Parlamento, Gobierno, Instituciones de la UE, Organismos Reguladores, etc.). La función supervisora, por su puesto, está apoyada sobre potestades de inspección y de sanción atribuidas igualmente al organismo en cuestión. Esta es la función que desde un principio tuvo, de forma única, tanto el TDC como posteriormente la CNC²³⁴.

Por último, como función que no incide directamente en el correcto funcionamiento de los mercados, la función consultiva e informativa. Estos entes también son creados con el fin de poder ser consultados por la Administración o por las instituciones, debido a su especialización en la materia. Y aun sin ser consultados de forma directa, se establece formulas por las que estos organismos pueden informar y pronunciarse sobre determinadas materias. Así, por ejemplo, han de ser oídas en determinados proyectos normativos. También deben elaborar Informes periódicos sobre su actividad y los problemas que presenta el sector o mercado, con el fin de ser corregidos por quien tenga la competencia.

²³⁴ Sobre la delimitación entre la función reguladora y la de defensa de la competencia, véase ESTEVE PARDO, J. “*La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras...*”, op. cit., págs. 893 a 899, quien expone igualmente la evolución jurisprudencial al respecto, viniendo a determinar que los organismo reguladores sectoriales, actuaban, en relación a la defensa de la competencia *ex ante*, imponiendo normas e instrucciones con el fin de garantizar la competencia, mientras que los organismos de defensa de la competencia debían actuar *ex post*, cuando los operadores infringían las normas generales de competencia o las normas sectoriales dictas por los organismos reguladores sectoriales. Sobre el mismo, y como pueden complementarse ambas funciones dentro de un mismo organismo, también GARCÍA VERDUGO, J., “El diseño institucional de la CNMC: Análisis crítico y propuestas de reforma”, *Papeles de Economía Española* (Regulación y política de defensa de la competencia en España), núm. 145/2015, págs. 36 a 38

¿Qué funciones adopta la CNMC? Pues dado que es una Administración integradora de anteriores organismos que ejercían las funciones anteriormente descritas, podemos decir que la CNMC realiza tanto funciones reguladoras como supervisoras y consultivas.

EL objetivo de la CNMC es, según dicta su norma de creación, “garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos” (art. 5.1 LCNMC)

Para poder llevar a término las funciones encomendadas, se contemplan, y aquí exponemos a grandes rasgos, hasta seis subtipos de actividades, competencias o potestades, que pueden llevar a cabo sus órganos:

- **Potestad inspectora**²³⁵.- El ente puede llevar a cabo inspecciones sobre el funcionamiento de los mercados o sectores regulados y de la competencia efectiva en los mismos (art. 27 LCNMC). Para ello, bajo la autorización correspondiente, el personal inspector de la CNMC tendrá la consideración de Agente de la Autoridad.

También puede formular requerimientos de información singulares o generales, estos último por medio de las llamadas Circulares Informativas. A ellas se les exige motivación, proporcionalidad y confidencialidad (art. 30.2 LCNMC).

- **Potestad sancionadora**²³⁶.- De acuerdo con el art. 29 LCNMC, la CNMC tiene potestad sancionadora respecto de infracciones que se comentan en materia de Defensa de la Competencia y de aquellos sectores que regula o supervisa (Telecomunicaciones, Sector Ferroviario, postal)

Para ello, tiene atribuida también la competencia de instrucción del expediente sancionador, debiendo respetar el principio de separación entre instrucción y resolución.

²³⁵ Sobre la potestad inspectora, REBOLLO PUIG, M., “Potestades inspectoras y sancionadoras”, en *La Comisión Naciones de los Mercados y la Competencia* (Dir. Carlón Ruíz, M.), Ed. Civitas, Pamplona-Navarra, 2014, págs. 701 a 785.

²³⁶ REBOLLO PUIG, M., “Potestades inspectoras...”, op. cit., págs. 701 a 785

- **Potestad normativa o reglamentaria**²³⁷.- La CNMC puede aprobar Circulares como disposiciones de desarrollo normativo y de ejecución de normas que se aprueben en relación a los sectores bajo su supervisión, que serán vinculantes (art. 30 LCNMC).

También puede aprobar Comunicaciones, como textos aclaratorios de los “principios que guían su actuación” (art. 30.3 LCNMC). Estas no tienen carácter vinculante para los operadores administrados, pero si poseen tal carácter, mientras no se modifiquen, respecto de la CNMC.

- **Función informativa y consultiva**.- La CNMC es también un organismo consultivo sobre cuestiones relativas a la “competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercado y sectores económicos” (art. 5.2 LCNMC). A ella le pueden consultar tanto el sector público (órganos legislativos y ejecutivos, tanto estatales como autonómicos, las Corporaciones Locales, Colegios Profesionales y Cámaras de Comercio) como el sector privado (organizaciones empresariales y organización en defensa de consumidores y usuarios).

Debe igualmente informar los proyectos normativos que afecten a sus funciones y a su ámbito de actuación. También puede informar a los órganos judiciales sobre la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE, y en general sobre la aplicación de las normas europeas y españolas relativas a la Defensa de la Competencia (art. 16 LDC y 5.2c LCNMC). Finalmente, el art. 5.2 d) LCNMC, como cláusula de cierre, determina que la CNMC ha de informar sobre cualesquiera otras cuestiones que marque la normativa vigente.

- **Función autorizatoria**.- Mantiene la competencia para autorizar o no, determinadas actuaciones en el mercado o en los sectores regulados (arts. 5 y 20 LCNMC). Entre ellas, la CNMC es la competente para controlar, y en su caso

²³⁷ Sobre las potestades normativas, TORNOS MÁS, J., “Potestades inspectoras y sancionadoras”, en *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Ed. Civitas, Pamplona-Navarra, 2014, págs. 787 a 810.

autorizar, las concentraciones económicas que no superen el ámbito estatal. También tiene potestad autorizatoria en los mercados y sectores que supervisa y regula.

- **Función impugnatoria o de control.**- La CNMC también está legitimada para la impugnación judicial de las actuaciones de las Administraciones Públicas que obstaculicen la Libre Competencia y la Unidad de Mercado (art. 5.3 LCNMC, art. 27 LGUM y art. 127 bis LJCA).

Dicho lo anterior, si hay que mencionar que respeto a la defensa de la competencia, como ya vimos en el apartado general dedicado a las funciones de las AAI, la CNMC tan solo tiene función de supervisión. Y en el ámbito concreto de actuación como garante de la unidad de mercado, las funciones también son únicamente de supervisión, de impugnación y las consultivas referentes al Sector público. Las funciones específicas como organismo garante de la unidad de mercado fueron introducidas en nuestro ordenamiento por la LGUM, y son el objeto central de esta tesis.

A mi juicio, eso no quiere decir que la CNMC no estuviera investida de competencias sobre la protección de la Unidad de Mercado con anterioridad, aunque no hiciera uso preciso y concreto de ella. Como veremos más adelante, en el capítulo dedicado la legitimación, cabe pensar que la CNMC tenía capacidad para impugnar las actuaciones de la Administración contrarias a la Unidad de Mercado bajo el paraguas de la legitimación general para la impugnación de actuaciones contrarias a la libre competencia (art. 5.4 LCNMC).

Bien es cierto, y no resta recordar, que la Unidad de Mercado poseía antaño el contenido que le brida su propia configuración constitucional, pero no un desarrollo normativo completo. Ahora lo hay, tras la aprobación de la LGUM. Esta norma clarifica la posición de la CNMC en materia de Unidad de Mercado, dotándola de una legitimación completa. Esto, a su vez, dota de mayor capacidad argumentativa a la CNMC al momento de recurrir, si se da el caso.

Por ello, en los capítulos posteriores, analizaremos el papel o las funciones y potestades que se le han atribuido a la CNMC en el marco de la LGUM y respecto de la defensa y protección administrativa y judicial de la Unidad de Mercado nacional. Expondremos en primer lugar, el objeto de defensa, garantía y protección, es decir, la unidad de mercado en la configuración actual que le da la LGUM. En segundo lugar, analizaremos la legitimación de la CNMC para las actuaciones judiciales conducentes a la protección y garantía de la Unidad de Mercado. Siguiendo este camino, tendremos oportunidad de ver la solicitud y activación por la CNMC de protección cautelar de la unidad de mercado. Por último, también veremos la posición de la CNMC en los procedimientos administrativos especiales para la garantía de la unidad de mercado.

CAPÍTULO III

La unidad de mercado como objeto de garantía por la CNMC.

El Objeto material

1. INTRODUCCION

Vista la configuración constitucional del Principio de unidad de mercado, y también analiza el origen, naturales y funciones de CNMC, es momento de estudiar la unidad de mercado en su configuración legal, en el desarrollo del mismo que hace Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM).

La importancia de su análisis deriva de ser este el objeto material de los procedimientos de garantía de la unidad de mercado a los que la CNMC puede acudir en su función de protectora y garantizadora de este importante principio constitucional.

2. LA CONFIGURACIÓN DE LA UNIDAD DE MERCADO EN LA LGUM

Las Cortes Generales, con la intención de dotar a la unidad de mercado de un régimen legislativo propio, aprobaron la LGUM. Se trata de una Ley que sigue la senda marcada por la trasposición de la Directiva de Servicios, asumiendo y expandiendo la práctica totalidad de sus principios a todas las actividades económicas (art. 2 LGUM), no solo a los Servicios. Por otra parte, positiviza la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional sobre la unidad de mercado.

Teniendo en cuenta que la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) toma como objeto material del procedimiento C-A para la garantía de la unidad de mercado, la libre circulación y establecimiento en los términos de la LGUM, es necesario que demos atención a la delimitación que hace la LGUM sobre este concepto.

La unidad de mercado en la LGUM se *fundamenta* en tres pilares que tienen como marco geográfico el territorio nacional español, y que coinciden con los fundamentos constitucionales de la misma unidad de mercado. Por una parte, en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos. En segundo lugar, en la libre circulación

de bienes y servicios. Por último, la igualdad de las condiciones para el ejercicio de una actividad económica.

Estos pilares se desarrollan en ocho Principios, que deben tener en cuenta las Administraciones públicas competentes en su actividad. Estos ocho Principios son, por lo tanto, los que *configuran* la unidad de mercado, pues son los que la hacen real y efectiva²³⁸. Son los siguientes:

1. Principio de no discriminación.
2. Principio de cooperación.
3. Principio de confianza mutua.
4. Principio de necesidad de las actuaciones de las autoridades competentes.
5. Principio de proporcionalidad en la actuación de las autoridades competentes.
6. Principio de eficacia de las actuaciones autoridades competentes en todo el territorio nacional (declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional, como veremos).
7. Principio de simplificación de cargas.
8. Principio de transparencia.

4.1 Principio de no discriminación

El art. 16 LGUM reconoce la libertad de acceso y de ejercicio de las actividades económicas, como una garantía a la Libertad de establecimiento y de circulación. Para que esto sea una realidad, es necesaria la aplicación rigurosa del Principio de no

²³⁸ A ello hay que añadir, como objeto del proceso objeto de este capítulo, la desviación de poder, pues se menciona de forma expresa en el art. 127 bis LJCA. Sin embargo, por no ser estrictamente objeto material del mismo, no se tratará con profundidad. Puede verse para ello OTERO LÓPEZ, D., “La desviación de poder en los procedimientos especiales de garantía de la unidad de mercado”, *Revista Diálogos Jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, núm. 5/2020, págs. 83 a 105, donde se amplía y profundiza en esta explicación.

discriminación por parte de las Autoridades Públicas, pues existiendo discriminación, la libertad se ve coartada²³⁹. Veamos cómo se desarrolla este Principio en la LGUM.

El Principio de no discriminación, enunciado en el art. 3 LGUM, persigue que los operadores económicos tengan los mismos derechos en todo el territorio nacional respecto de las autoridades competentes. Si bien no cabe ningún tipo de discriminación, de diferencia de trato entre sujetos que son comparables, la LGUM prohíbe las que se relacionen con el lugar de residencia, procedencia o de establecimiento del operador en cuestión. Es decir, que el acceso o ejercicio de una actividad económica no debe estar condicionada mediante requisitos que ponderen de forma positiva o negativa tanto el lugar de residencia del operador económico como su lugar de establecimiento. En este marco, la discriminación es un obstáculo a la unidad de mercado²⁴⁰.

Así lo reconoce la propia LGUM (art. 18²⁴¹), que enumera los requisitos discriminatorios por razón de residencia o de establecimiento, para el acceso o ejercicio de una actividad económica, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos, como requisitos que son obstáculo o barrera a la Unidad de Mercado y, por lo tanto, prohibidos. Entre estos requisitos nos encontramos, de forma meramente ejemplificativa²⁴², pero como concreción del Principio examinado²⁴³:

²³⁹ Para una relación entre la libertad de acceso y de ejercicio, como garantías a las Libertades de establecimiento y de circulación, con el Principio de no discriminación, puede leerse a LEÓN SANZ, F. J., "La garantía de la Unidad de Mercado", *Revista ICE* (Instituto de Comercio Exterior), núm. 871/2013 (marzo-abril), págs. 35 a 45.

²⁴⁰ Véase SAN de 22 de diciembre de 2017, RO 163/2016, FD 5º.

²⁴¹ Declarado parcialmente inconstitucional por SSTC 79/2017 de 22 de junio, 110/2017 de 5 de octubre, 111/2017 de 5 de octubre y 119/2017 de 31 de octubre.

²⁴² El carácter puramente enunciativo de los supuestos recogidos en el art. 18 LGUM, es reconocido por la CNMC. Entre otras, UM/007/14 - Informe de 21 de abril de 2014 sobre la 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 Resolución de 31 de marzo de 2014 por la que se deniega a esta empresa la autorización de la instalación de una unidad de obtención de muestras para análisis clínicos en Cáceres (apartado III.2.a).

²⁴³ ALONSO MAS, M^a. J., hace una crítica a este precepto, por insuficiente, dado que todos los requisitos expuestos se refieren a los operadores económicos, a su personal o al establecimiento, pero no a los consumidores o destinatarios de los productos o servicios; sin embargo, en la Directiva 2006/123/CE de

- Exigir que el establecimiento o el domicilio social se encuentren en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio.
- Requerir que el operador haya residido u operado durante un determinado periodo de tiempo en dicho territorio²⁴⁴.
- Pedir que el operador haya estado inscrito en registros de dicho territorio.
- Ordenar que su personal, los que ostenten la propiedad o los miembros de los órganos de administración, control o gobierno residan en dicho territorio o reúnan condiciones que directa o indirectamente discriminen a las personas procedentes de otros lugares del territorio.

Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicio o Bolkestein) asume en su articulado que determinados requisitos, condiciones o ayudas a los consumidores pueden comportar obstáculos a la Libertad de circulación y ser, por lo tanto, una barrera a la Unidad de Mercado (“Garantías sustantivas de los operadores económicos: requisitos y límites de la actuación de las ‘autoridades competentes’”, en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014, págs. 200 a 206).

²⁴⁴ La CNMC ha entendido esto, sin perjuicio de exigir cierta vinculación con el territorio en determinadas circunstancias. Es el caso de las subvenciones, para cuyo otorgamiento, la Administración puede requerir vinculación del operador con el territorio de la Administración otorgante, pero “deberá referirse únicamente a la actividad subvencionada en concreto” (cursiva propia), como se desprende del apartado 3.2, de UM/081/15 - Informe de 1 de diciembre de 2015 sobre las reclamaciones presentadas, al amparo del artículo 26 de la Ley de garantía de la unidad de mercado, contra la exigencia de acreditación o inscripción en el registro de la comunidad autónoma otorgante de la subvención contenida en una convocatoria pública de subvenciones para la financiación de programas de formación dirigidos prioritariamente a trabajadores ocupados.

- Mandar que el operador deba realizar un curso de formación dentro del territorio de la autoridad competente²⁴⁵.

Este Principio es esencial en un Estado como el nuestro, donde el régimen jurídico de la actividad económica puede ser diferente en función de la administración bajo cuya potestad se inicie o desarrolle. Este Principio se manifiesta en la igualdad de las condiciones básicas en la actividad económica que la CE recoge en el art. 139.1 y en la prohibición expresa de discriminación que hace el art. 14 de la Carta Magna, y nos remitimos a lo ya dicho sobre el asunto²⁴⁶.

Algún autor ha expresado que este Principio se materializa, sobre todo, por medio del Principio de Eficacia nacional –también declarado en los términos expuestos por la LGUM como inconstitucional, como después veremos- de las actuaciones administrativas²⁴⁷. Pero quisiera revelar las razones de mi desacuerdo.

²⁴⁵ ALONSO MAS, M^a. J., “Garantías sustantivas de los operadores económicos: requisitos...”, op. cit., págs. 205 a 206, quien añade al catálogo de actividades contrarias al Principio de no discriminación, el recogido en el art. 18.2 h), que supondría exigir la “obligación de haber realizado inversiones en el territorio de la autoridad competente”.

²⁴⁶ Para LOZANO CUTANDA, B., “Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado: las diez reformas clave”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9/2014, págs. 157 a 166 el Principio de no discriminación de la LGUM, va “más allá de la garantía de la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica que postula la doctrina del Tribunal Constitucional, pues impone una igualdad efectiva de derechos en el ejercicio de las actividades económicas”. En la misma línea RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., “El principio de no discriminación y el otorgamiento de ventajas económicas en el marco de la LGUM”, *Estudios sobre la Ley de Garantía de la unidad de mercado*, Ed. Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2017, págs. 225 a 229, y ALONSO MAS, C. L., “El principio de no discriminación en la Ley de garantía de la unidad de mercado”, *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentario a la Ley de garantía de la Unidad de Mercado* (Dir. Alonso Mas, M. J.), Ed. La Ley, Madrid, 2014, págs. 85 a 88.

²⁴⁷ Así se ha manifestado ALONSO MAS, C.L., “El Principio de no discriminación en la Ley de Garantía...”, op. cit. págs. 85 a 98. Otros, sin embargo, ven el Principio de Eficacia Nacional como una fuente de desigualdad, por todos, TORNOS MAS, J., “La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la Unidad de Mercado. En particular, el Principio de Eficacia”, *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 19/2014 (abril), págs. 166 a 169, que asume el razonamiento que efectuó el CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley de garantía de unidad de mercado, mediante un Informe aprobado por el Pleno en Madrid, a 11 de abril de

El Principio de no discriminación es un Principio que rige para los requisitos de acceso y ejercicio de una actividad económica, incluidos en este, la libertad de establecimiento y de circulación. Lo que se prohíbe, es que se contemplen o hagan surgir, por parte de la actuación de las autoridades, diferencias de trato o de posición jurídica básica o fundamental en función del origen o del lugar de residencia. En definitiva, se debe tratar en iguales condiciones y en mismo espacio, tanto a los que han nacido o residen en ese territorio concreto, como al resto de españoles, exigiéndole las mismas obligaciones y reconociendo los mismos derechos, en lo que tiene que ver con el acceso y el ejercicio de una actividad económica.

El Principio de eficacia nacional, es un Principio que aparecería, de estar en vigor, en un estadio posterior, y que permite, al que ya ha accedido a la actividad económica, poder ejercerla en todo el territorio nacional sin tener que someterse al procedimiento de acceso en tantos lugares como los que vaya a ejercer.

Por otra parte, el ejercicio de una actividad es controlado por las Autoridades de aquellos territorios donde se ejerce –llamadas Autoridades de destino-, tal y como se recoge en el art. 21.2 letra b) de la LGUM. Y este control tampoco debe vulnerar el Principio de no discriminación. De nuevo, el Principio de eficacia nacional actúa en un estadio diferente, en este caso anterior. De tal manera que, una vez que el Principio de eficacia nacional nos permite ejercer en todo el territorio en las condiciones expuestas, el Principio de no discriminación tiene su aplicación en el control que se hace de este ejercicio. El que un operador pueda ejercer su actividad en el todo el territorio nacional, no garantiza que el control del mismo se lleve a cabo sin discriminación por razón de procedencia, residencia o establecimiento.

Hay que añadir, que el Principio de no discriminación va dirigido a las Autoridades, pero que se proyecta sobre los operadores económicos. Si una autoridad no respeta el Principio de eficacia nacional, se podría pensar que crea una situación discriminatoria. Pero esa discriminación no se proyecta sobre la residencia o establecimiento del operador económico, sino sobre el lugar de procedencia de la Autoridad, por lo que no

2013, cuya ponente fue la Excm. Sra. Vocal D^a Margarita Robles Fernández, y que como se podrá ver más adelante, yo no comparto.

sería, a mi entender, una vulneración del Principio de no discriminación, aunque puede que sí de otros, que más adelante veremos, como por ejemplo, el de confianza mutua.

Todo lo dicho, hay que ponerlo en relación con el hecho de que los principios que configuran la unidad de mercado en la LGUM, no se comportan como compartimentos estancos, de tal forma que la vulneración de uno puede suponer a su vez la vulneración del resto.

4.2 Principio de cooperación

La exigencia de cooperación interadministrativa²⁴⁸ es una consecuencia de nuestro modelo territorial. Está presente en el ordenamiento jurídico, así como recogido por la jurisprudencia²⁴⁹. La LGUM regula su propio sistema de cooperación, como Principio instrumental de la unidad de mercado. Se puede decir que el sistema de cooperación que regula la LGUM, es su columna vertebral, sin la cual la unidad de mercado no se podría hacer realmente efectiva. Es por ello que a continuación, veremos íntegramente este sistema, que está basado en cuatro grandes bloques. Pero antes, se ve necesario identificar los objetivos concretos que persigue este concreto sistema de cooperación.

4.2.1 Objetivos de la cooperación

En lo que atañe a la unidad de mercado, las autoridades competentes deben cooperar entre ellas, con dos objetivos definidos, como se enumeran en el art. 4 LGUM:

²⁴⁸ La cooperación que impone la LGUM es cooperación interadministrativa, pues son varias las Administraciones que tiene el deber de cooperar, con independencia del órgano que actúe dentro de aquella. Dentro de una misma Administración, la coherencia, coordinación y unidad de acción se consiguen mediante otras técnicas, como las de ordenación, coordinación o control, basadas en los Principios de dirección y jerarquía. Para su estudio general, nos remitimos SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo general*, Ed. IUSTEL, Madrid, 2009, págs. 384 a 390.

²⁴⁹ Sobre la necesaria colaboración entre administraciones, tempranamente STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ; STC 152/1988, de 10 de julio, FJ 6; STC 181/1988, de 13 de octubre FJ 7; STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 20, y la STC 186/1999, de 14 de octubre, FJ 11, que escueta, pero firme, afirma que la cooperación interadministrativa “constituye el soporte mismo del estado autonómico”.

a) Garantizar una aplicación uniforme de la Ley:

Si de lo que se trata es de garantizar la unidad de mercado, es preciso que todas las Administraciones implicadas apliquen esta ley de forma uniforme, pues si cada una aplica o ejecuta la ley de forma distinta, puede crear disparidades y disfunciones, lo cual no solucionaría el problema de la unidad de mercado, sino que probablemente añadiría más obstáculos a las libertades que se pretenden afirmar.

No obstante, hablar de uniformidad en el ámbito de competencias autonómicas, suele ser sinónimo de inconstitucionalidad, como ya hemos tenido oportunidad de estudiar. Es por ello, que debe entenderse en este precepto, que todas las autoridades competentes han de garantizar que la aplicación de la dispuesto en la LGUM no suponga hacer uso de interpretaciones que lleven a al resultado final que la LGUM quiere evitar.

b) Garantizar la adecuada supervisión de los operadores económicos:

La supervisión no estatal²⁵⁰ de los operadores económicos sufre una transformación en la LGUM, para adecuarlos al nuevo marco administrativo que se regula. Para garantizar la correcta supervisión de los operadores económicos se reordenan las funciones que cada autoridad asume. Así, la supervisión y control queda, según lo expuesto en el art. 21 LGUM, de la siguiente forma:

²⁵⁰ La supervisión estatal no precisa de reordenación, pues la autoridad de origen y de destino es la misma. La LGUM no lo menciona, pero el mismo argumento serviría para el caso de que la autoridad de origen y de destino no estatales coincidan en la misma personificación -v. gr. si la autoridad de origen es municipal y la actividad es ejercida en los términos de dicho municipio, la autoridad de destino será la misma que la de origen, por lo que el sistema de supervisión no es aplicable-. Por lo tanto, el sistema de supervisión solo es entendible en el caso de la actividad no supervisada por el Estado, y de un operador que extiende la misma por la geografía nacional; es, por lo tanto, consecuencia de la eficacia nacional de los instrumentos de acceso al mercado.

- La Autoridad de origen es competente para supervisar y controlar el cumplimiento de los requisitos de acceso a la actividad económica por parte de los operadores.
- La Autoridad de destino supervisa el ejercicio de la actividad económica que realizan los operadores, se entiende en su ámbito territorial. No obstante, si esta autoridad detectara que el operador económico no cumple con los requisitos de acceso o con las normas relativas a la producción o al producto, debe comunicarlo a la autoridad competente que corresponda según los apartados anteriores²⁵¹.
-

Estos son los objetivos que el entramado de cooperación regulado en la LGUM pretende alcanzar²⁵². Para conseguirlo, se establece un concreto modelo de cooperación, que conviene destacar.

4.2.2 Modelo de cooperación²⁵³

La cooperación interadministrativa en esta materia se garantiza y formaliza a través de cuatro instrumentos concretos: el Consejo para la Unidad de Mercado, cooperación

²⁵¹ Este es un asunto que también genera discusión. Se exige a la autoridad de destino que conozca, pues de otra manera no podría detectarlo, la normativa del lugar de origen del servicio o producto. Así lo han expuesto, entre otros, por NARBÓN FERNÁNDEZ, J., “El Principio de cooperación y Confianza Mutua en la LGUM”, en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014, pág. 129. En mi opinión, este desconocimiento se suple con los mecanismos de intercambio de información, tanto de los registros sectoriales como del intercambio de información en el ejercicio de las labores de supervisión (art. 22 y 24 LGUM, especialmente el 24.2).

²⁵² Se puede citar la siguiente frase, que resume los objetivos de la cooperación: “tienen como objetivo maximizar los efectos deseados de lograr un entorno regulatorio más favorable a la actividad económica que le permita ganar eficiencia, productividad, competitividad y empleo a la economía española”, de VICENTE RUIZ, M^º D., “La necesaria cooperación administrativa para hacer efectiva la unidad de mercado”, *Revista ICE* (Instituto de Comercio Exterior), 871/2013 (abril – mayo), págs. 99 a 106, en concreto pág. 105.

²⁵³ Para un estudio de los modelos de cooperación en el Derecho comparado véase, entre otros, SANTOLAYA MACHETTI, P., *Descentralización y Cooperación*, Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984.

en el marco de las Conferencias sectoriales, intercambio de información y solicitud de asistencia activa y remisión de información a la Comisión Delegada del Gobierno para asuntos económicos. En la concepción clásica de las técnicas de cooperación, las dos primeras son técnicas orgánicas de cooperación, y las dos últimas, técnicas funcionales de cooperación. Veámoslas una a una.

a) Consejo para la Unidad de Mercado

El Consejo para la Unidad de Mercado (en adelante Consejo) se crea como órgano de cooperación y coordinación administrativa que tiene como misión hacer un seguimiento de la aplicación de la LGUM²⁵⁴. Su régimen jurídico, composición y funcionamiento es que establece la LGUM y el Reglamento de régimen interno, aprobado a tal efecto por el propio Consejo²⁵⁵. Su naturaleza jurídica lo identifica como órgano de cooperación orgánica. No parece, en principio adscribirse a un Ministerio concreto, pues como veremos, en su composición participan al menos, hasta tres Ministerios.

Su estructura se compone de una Presidencia, a cargo del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas –entendemos que en su calidad de Ministro de Administraciones Públicas-, y de una Secretaría, que ostenta el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa (Ministerio de Economía y Competitividad). Cuanta además con la presencia del Secretario de Estado de Administraciones Públicas (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas), el Subsecretario de Presidencia

²⁵⁴ La posibilidad de creación de órganos de cooperación se prevé en el art. 145 de la LRSP. Siguiendo la tipología de órganos descritos en el artículo enunciado que hace TORNOS MAS, J., “Las Conferencias Sectoriales”, *Documentación Administrativa*, núm. 240/1994 (octubre – diciembre), págs. 71 a 91, el Consejo para la Unidad de Mercado se trataría de un órgano de creación legal, similar a las Conferencias Sectoriales, y nacido en virtud de la competencia de coordinación que posee el Estado de manera específica en relación con determinadas materias (págs. 79 y 80)

²⁵⁵ Este Reglamento puede consultarse y descargarse desde la página web del Ministerio de economía y competitividad (visto y revisado en fecha de 27 de enero de 2021):

<https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/NuevoREGLAMENTO1web.pdf>

(Ministerio de la Presidencia), los Consejeros de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía que correspondan por la materia y un representante de la Administración Local²⁵⁶.

Las funciones del Consejo son de cuatro tipos²⁵⁷:

- **Funciones de seguimiento** – Se hace un seguimiento en varios campos. Por una parte, se hace un seguimiento de la adaptación de las autoridades competentes a los principios de la LGUM. En segundo lugar, se hace un seguimiento de los mecanismos de cooperación que se establecen en la LGUM, y que ya hemos enumerado, entre los que se encuentra el propio Consejo. También hace revisión de las evaluaciones normativas que se lleven a cabo bajo su impulso. Por último, se encarga de hacer un seguimiento de algunos de los nuevos mecanismos de protección de los operadores económicos y de sus resultados, como son el

²⁵⁶ Este representante es, según el art. 3.1 del Reglamento de Régimen interno del Consejo, “designado por la asociación de Entidades Locales de ámbito estatal con mayor implantación en todo el territorio”. No obstante, esta no es la única forma que se prevé de participación de los Entes Locales en el Sistema de Cooperación. Así, el punto III del “Acuerdo por el que se establece y desarrolla el Sistema de Cooperación interadministrativa en materia de Unidad de Mercado” (descargable en la web del Ministerio de Economía y Competitividad y consultado en fecha de 27 de enero de 2021: https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/ACUERDO_SISTEMA_COOPERACION2.pdf), se prevé la posibilidad de constituir en cada Comunidad Autónoma un Grupo de trabajo conjunto, formado por representantes de la Comunidad Autónoma y de las Entidades Locales de esa Comunidad, con el fin de analizar los efectos de la LGUM en la actividad de las Entidades locales de ese territorio (punto 10).

²⁵⁷ En nuestro caso, se ha propuesto esta clasificación, pero se han elaborado otras. OCHOA MONZÓ, J., “El entramado institucional de la LGUM”, en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014, págs. 394 a 397, ha sintetizado las funciones del Consejo para la Unidad de Mercado en tres categorías, a saber, funciones dirigidas a evaluar el correcto desarrollo de la LGUM, funciones dirigidas a promover cambios normativos para la eliminación de obstáculos a la unidad de mercado y funciones propias como órgano de coordinación. Por su parte, PADRÓS REIG, C. y MACÍAS CASTAÑO, J. M., “Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado”, *Revista de Administración Pública* núm. 194/2014 (mayo – agosto), pág. 132 y 133, menciona que sus funciones se clasifican en dos: consultivas y de impulso y coordinación.

procedimiento administrativo en defensa de los derechos y de los intereses de los operadores económicos (art. 26 LGUM), procedimientos de información a la Secretaría del Consejo (art. 28 LGUM).

Cabe preguntarse si también hace un seguimiento del procedimiento judicial para la defensa de la unidad de mercado y de sus resultados. Si bien cierto que las funciones de seguimiento del Consejo se circunscriben a los mecanismos mencionados, que son los únicos previstos en el Capítulo VII LGUM (art. 10.4 e LGUM), también lo es que de la conjunción de todas las funciones se desprende un interés en que este órgano conozca las líneas jurisprudenciales marcadas por la Audiencia Nacional –y posteriormente, en su caso, por el Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional- sobre la materia objeto de juicio. De esta dependerá en gran parte sus labores. Por ejemplo, la que veremos *infra* de aprobación de Informes sobre obstáculos a la unidad de mercado, que requiere de un conocimiento sobre los pronunciamientos de la Justicia sobre que se considera y que no un obstáculo.

Parece, en consecuencia, que el Consejo si debe hacer un seguimiento sobre este concreto procedimiento de garantía de la unidad de mercado.

- **Funciones de impulso** – Entre las funciones del Consejo se encuentra la de impulsar los cambios normativos necesarios para la eliminación de los obstáculos a la unidad de mercado, sin distinción de su órgano de aprobación. En relación con esto, impulsa así mismo, las tareas de cooperación en el marco de la elaboración de los proyectos normativos. Por último, impulsa la evaluación periódica de la normativa que pueda afectar a la unidad de mercado.

Ciertamente, y por la redacción polivalente de los art. 10.4 e) y 15.3 LGUM, podría llegarse a la conclusión de que la evaluación a la que se refiere el primero de los artículos referenciados, es la recogida en el segundo. A mi juicio, sin embargo, la LGUM establece dos tipos impulso de evaluación. El primero de ellos es imperativo, y se refiere a la evaluación periódica de la normativa (art 15.1 LGUM), que digamos es una evaluación de la normativa en general. El

segundo es potestativo y sometido a la detección de obstáculos a la unidad de mercado, tal y como expresa el art. 15.3 LGUM. En este supuesto, el Consejo para la unidad de mercado puede impulsar la evaluación de un sector o materia concreta del ordenamiento²⁵⁸.

- **Función de Aprobación** – Son dos los instrumentos que este órgano debe aprobar relacionados con la unidad de mercado. Semestralmente debe aprobar un Informe, que elabora la Secretaria del Consejo, sobre la situación de la unidad de mercado en España, sobre la supervisión de la aplicación de la LGUM y adaptación de la normativa esta norma, sobre la calidad normativa respecto a la unidad de mercado y su impacto económico y sobre la gestión de los mecanismos de protección de los operadores económicos previstos en los art. 26 y 28 LGUM²⁵⁹.

El otro instrumento que debe aprobar es un Catálogo de buenas y malas prácticas con efectos en la unidad de mercado.

- **Función de coordinación**²⁶⁰ – El Consejo coordina la actividad de las Conferencias Sectoriales en lo que atañe a la unidad de mercado.

²⁵⁸ Queda fuera el punto 2 del art. 15 LGUM, pues allí mismo se ha querido establecer el auto impulso de la Conferencias Sectoriales para la evaluación de la normativa en las materias de su competencia, desplazando en este campo la labor del Consejo para la Unidad de Mercado, pero sin perjuicio de la misma.

²⁵⁹ También la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios debe elaborar y aprobar un Informe de evaluación anual sobre la implementación y los principales efectos en ámbitos de actuación pública concretos, de las medidas contempladas en la LGUM. EL Informe se remite a las Comisiones de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados y del Senado (D.A 6ª LGUM)

²⁶⁰ La coordinación presupone una posición jerárquica superior del ente que coordina sobre el ente o los entes coordinados (véase por todos STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 20.f), por lo que debemos entender, que la LGUM quiere dar un lugar preeminente y preferente al Consejo para la Unidad de Mercado frente a las Conferencias Sectoriales, en lo que tiene que ver con la Unidad de Mercado. PADRÓS REIG, C. y MACÍAS CASTAÑO, J. M., en “Los instrumentos administrativos de garantía...”, op. cit., pág. 133, asumen que el Consejo para la Unidad de Mercado es “en definitiva un foro de coordinación”, dando a

El Consejo para la unidad de mercado, se vale en sus funciones, de la Secretaría del Consejo²⁶¹, que es un órgano técnico de coordinación y cooperación continua con las autoridades competentes, para la aplicación de la LGUM²⁶². Quien ocupe la titularidad de la secretaria, asiste a las reuniones del consejo en calidad de secretario, con voz, pero sin voto²⁶³.

a. Conferencias Sectoriales

Las Conferencias Sectoriales también son órganos de cooperación de composición multilateral y de ámbito sectorial, que reúne a representantes de la Administración General del Estado y representantes de las Administraciones de las Comunidades Autónomas²⁶⁴.

esta función un papel especial, y al Consejo un papel de superioridad jerárquica. En contra de esta opinión, OCHOA MONZÓ, J., "El entramado institucional...", op. cit., págs. 396 y 397.

²⁶¹ Se ha designado como Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado a la Subdirección General de Competencia y Regulación Económica de la Dirección General de Política Económica, mediante la *Orden ECC/250/2014, de 20 de febrero, por la que se designa la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado así como la ventanilla para la tramitación de los mecanismos de protección de los operadores económicos previstos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado* (BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2014; código: BOE-A-2014-2006).

²⁶² En el Punto I del "Acuerdo por el que se establece y desarrolla el Sistema de Cooperación interadministrativa en materia de Unidad de Mercado" también prevé la creación de un órgano de Apoyo técnico, la Comisión Técnica para la Unidad de Mercado, cuyas labores consisten en preparar las reuniones del Consejo y desarrollar los acuerdos y decisiones adoptadas por aquel.

²⁶³ Art. 10.4 del Reglamento de régimen interno del Consejo para la Unidad de Mercado.

²⁶⁴ El régimen jurídico por el que se rigen cada una de las Conferencias Sectoriales es, además de lo regulado en la LRSP y en el art. 4 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, el que establezca al efecto el correspondiente Acuerdo de Institucionalización y el reglamento de régimen interno que se apruebe. Para un estudio sobre las Conferencias Sectoriales, puede consultarse, entre otros, DUQUE VILLANUEVA, J. C., "Las Conferencias Sectoriales", *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 79/2007 (enero - abril), págs. 113-153; TORNOS MAS, J., en "Las Conferencias Sectoriales", op. cit., págs. 71 a 91.

En las Conferencias Sectoriales, por parte de las autoridades competentes se analizará la normativa y se propondrán las modificaciones que consideren al objeto de que esta cumpla con los principios de la LGUM. Especialmente analizarán los requisitos y condiciones que la normativa exige para el acceso y ejercicio de una actividad económica o para la distribución y comercialización de productos. Entre los cambios normativos que pueden impulsar, destacan los siguientes:

- Modificación, derogación o refundición de la normativa existente para eliminar obstáculos a la unidad de mercado ya identificados o hacer compatibles las normas que inciden en la libertad de establecimiento y circulación con la LGUM, que evitaren, en su caso, la aparición de nuevos obstáculos.
- Establecer mediante acuerdo, los estándares de regulación sectorial, en materias de competencia autonómica o local, acomodados a los principios de la LGUM.
- Adoptar Planes de actuación u otras medidas con el fin de eliminar los obstáculos a la unidad de mercado (art. 151.2 LRSP).

Las Conferencias Sectoriales trabajan en colaboración con el Consejo para la unidad de mercado a través de sus Secretarías. Además, puede contar con la ayuda de los propios operadores económicos, mediante consultas a sus entidades representativas²⁶⁵, para

²⁶⁵ Curiosamente, la LGUM no dice “entidades *más* representativas” como si hace en otros sectores estableciendo la fórmula de mayor representatividad –como, por ejemplo, en el ámbito de la negociación colectiva del personal al servicio de las Administraciones Públicas, que da legitimación para estar presentes, las “organizaciones sindicales más representativas” a nivel estatal o de CCAA (art. 33.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), o en el caso de la integración solamente de las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico más representativas en el Consejo de Consumidores y Usuarios (art. 38.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobada por el Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre)-, dando *a sensu* contrario, entrada a cualquier organización o entidad que represente a los operadores económico y velen por sus intereses.

detectar, por una parte, los sectores que precisan del análisis y evaluación de las Conferencias Sectoriales, y por otra, las distorsiones que impiden la unidad de mercado.

b) Comisión delegada del Gobierno para Asuntos Económicos

El papel de esta Comisión Delegada del Gobierno es muy limitado, pues es una mera receptora de información (art. 13 LGUM). Los Ministros del ramo (de Economía y Competitividad y de Hacienda y Administraciones Públicas) informan a esta comisión sobre el desarrollo y aplicación de la LGUM, así como de los trabajos realizados por el Consejo para la unidad de mercado y por las Conferencias Sectoriales.

Como ya hemos tenido oportunidad de ver, en el Consejo para la unidad de mercado hay representaciones de aquellos Ministerios, por lo que la información tiene un canal transmisor claro. No es así sin embargo en el ámbito de las Conferencias Sectoriales, pues no todas están presididas por los Ministros mencionados. En este caso, sin perjuicio del intercambio de información entre Ministerios y de la convocatoria al titular del Departamento oportuno que puede hacer esta Comisión Delegada²⁶⁶, es necesario hacer uso de la previsión del art. 12.3 LGUM, donde la Secretario del Consejo para la unidad de mercado tiene un papel colaborador con las Secretarías de las Conferencias Sectoriales o de la propia labor de coordinación de las Conferencias que tiene el Consejo.

c) Intercambio de Información y solicitud de asistencia activa

Otro de los mecanismos de cooperación que la LGUM regula es el del intercambio de información²⁶⁷. El intercambio de información se hace en relación a diferentes

²⁶⁶ De acuerdo con el art 6.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

²⁶⁷ En todo caso, el intercambio de información está sometido, tal como se desprende de la LGUM a la normativa sobre protección de datos de carácter personal y al respeto de la confidencialidad que pueda establecerse en otra normativa sectorial (art. 22.1, 22.5, 23.1 LGUM). Sobre el intercambio de información, ahora electrónico, y el Derecho a la Protección de datos, y sobre el régimen jurídico de intercambio interadministrativo e interorgánico, véase MARTÍNEZ GUITIÉRREZ, R., "Régimen jurídico del intercambio electrónico de datos, documentos y certificaciones entre Administraciones", *Revista de Administración Pública*, núm. 183/2013 (septiembre-diciembre), págs. 359 a 391; PÉREZ VELASCO, M^a del

materias relacionadas con la unidad de mercado y por medio de distintos instrumentos, que nosotros dividimos en cuatro.

d. 1) Intercambio de información en la elaboración de proyectos normativos.

El art. 14 de la LGUM parece instaurar dos procedimientos de intercambio de información. Por una parte, el art. 14.1 LGUM impone la obligación de la autoridad competente de intercambiar con el resto de autoridades competentes la información relativa a sus proyectos normativos que puedan tener “*incidencia*” en la Unidad de Mercado. Por otra parte, también exige intercambio de información, pero más detallado y completo, cuando la norma o normas en elaboración, “*afecten de manera relevante*” a la unidad de mercado.

Se puede llegar a la conclusión de que se trata de dos procedimientos distintos a la luz de la literalidad de la norma en comparación con la doctrina del TC sobre la unidad de mercado. Como tuvimos ya ocasión de ver, el TC considera que el hecho de que una norma *incida* sobre la unidad de mercado, no quiere decir que *afecte* a la unidad de mercado²⁶⁸. El propio art. 14 LGUM hace la diferenciación lingüística y jurídica tanto en el verbo –incidir/afectar- como en el calificativo, al exigir en el caso de la afectación que este sea relevante, dejando por lo tanto, las afectaciones no relevantes en el plano de la incidencia.

En consecuencia, en los casos en que la norma pueda tener incidencia sobre la unidad de mercado (art 14.1 LGUM), la Administración que elabora la norma, tiene un deber ordinario de intercambio de información sobre el proyecto normativo. En este intercambio, la Administración actuante debe valorar la coherencia del proyecto en relación a la LGUM.

M., “Intercambio de datos entre administraciones públicas”, *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 2/2006, págs. 45 a 51.

²⁶⁸ STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2º; aprovechamos para matizar que afectar no es sinónimo de violar o vulnerar la Unidad de Mercado (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 6º) Ese juicio es posterior.

Mientras que si afecta de forma relevante a la unidad de mercado (art. 14.2 LGUM), el intercambio de información se vuelve más complejo. Así, la Autoridad que propone la norma debe poner a disposición del resto de autoridades, mediante el sistema electrónico de intercambio de información (art 23 LGUM) y con antelación suficiente, la siguiente información, con carácter común. Por un lado, el texto del proyecto de norma. En segundo lugar, los informes y documentos que permitan su adecuada valoración, comprendiendo todos aquellos que en el procedimiento se hayan evacuado y que se pronuncien sobre la materia –incluyendo aquellos que presenten los operadores o sus entidades representativas en los trámites de audiencia pública de las leyes y disposiciones de carácter general (art. 14.6 LGUM)-. Si fuera preceptiva, también se pondrá a disposición la Memoria de análisis de impacto normativo.

Específicamente, para determinados aspectos, a la información descrita hay que añadir la siguiente información específica:

- 1) Si en el proyecto se contempla es establecimiento o la modificación de los medios de intervención, debe:
 - analizarse y exponerse la existencia de otras medidas que afecten a la misma actividad que hayan sido establecidas por otras Autoridades.
 - asegurarse que estos medios no recaen, en caso de concurrencia con otras Administraciones, sobre los mismos aspectos.
 - prever un sistema por el cual el procedimiento no genera costes adicionales para el operador, que los que generaría la intervención de una única administración.
- 2) Si el proyecto establece o modifica otros requisitos de acceso o ejercicio de una actividad económica, se analizará e informará sobre la consistencia de estos con el resto de la normativa de las demás Autoridades Competentes.

d.2) Intercambio de información obrante en los registros sectoriales para la supervisión y el control por las Autoridades Competentes

Para cumplir con las exigencias de la LGUM, se requiere que todas las administraciones, así como sus entes, entidades y organismos públicos dependientes,

remitan por medios electrónicos al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas²⁶⁹ los datos obrantes en sus registros de operadores económicos, establecimientos e instalaciones, especialmente cuando la actividad este sometida a un régimen de autorización, declaración responsable o comunicación previa. Esta información puede ser consultada por las administraciones, para sus funciones de supervisión y control.

Dicha información pasa a formar parte de una base de datos común²⁷⁰ que se integra en la ventanilla única que se recoge en el art. 18 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (LLAASE)²⁷¹. Esta base de datos debe ser actualizada con la periodicidad que se determine reglamentariamente.

²⁶⁹ Para este intercambio de información, así como para los indicados en los epígrafes d.3) y d.4), se utilizará el sistema de intercambio electrónico de datos recogido en el art. 23 LGUM. Este sistema se establece por el ministerio de Administraciones Públicas se canaliza a través de plataformas de infraestructuras y servicios comunes. No obstante, si no se acuerda un formato común de comunicación entre las Autoridades competentes, será este mismo Ministerio en que determine el formato, teniendo en cuenta los Principios de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos, enunciado en el art. 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. En la misma línea, el Punto I.5 del “Acuerdo por el que se establece y desarrolla el Sistema de Cooperación interadministrativa en materia de Unidad de Mercado”, menciona que la “participación de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales en el Sistema de Cooperación Interadministrativa se entiende en el marco de la disponibilidad de recursos financieros y de los medios materiales y humanos necesarios para llevar a cabo las tareas inherentes a la creación y mantenimiento del Sistema”.

²⁷⁰ Esta integración de datos en la ventanilla única ha de realizarse de conformidad con el Principio de eficiencia en la asignación y utilización de recursos, en la medida en que se trata de la utilización de recursos públicos, recogidos ambos en el art. 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

²⁷¹ El art. 18 de la LLAASE prevé la creación de una ventanilla única electrónica, que entre otras cosas permita la realización de los trámites preceptivos que permitan el acceso y ejercicio de una actividad de prestación de servicios. Esta previsión se complementa con la D. A Primera, que incluye la necesidad de que las administraciones públicas españolas dispongan de un sistema electrónico de intercambio de información entre ellas, y con los art. 27 y siguientes, que regulan mecanismos de cooperación, también entre las administraciones españolas. Ahora, esta ventanilla única se abre a todas las actividades económicas que se incluyen en el ámbito de aplicación de la LGUM, no solo a las prestaciones de servicios, y es esta propia norma la que establece su integración en la ventanilla única, además de profundizar más

No se trata de un registro único, sino de una ventilla electrónica única o punto de acceso electrónico único, por lo que las autoridades competentes, en el ejercicio de sus funciones podrán crear, mantener y consultar los registros internos de operadores, instalaciones y establecimientos en sus respectivos territorios y en del resto del territorio nacional. Siendo esto cierto, también lo es que estas mismas autoridades deben adoptar las medidas que garanticen la interoperabilidad de los distintos sistemas²⁷².

No obstante lo dicho, hay que dejar claro que la incorporación de los datos del operador económico, establecimiento o instalación no es un requisito necesario para el acceso o ejercicio de la actividad, tal y como lo recoge el art. 22.5 LGUM. Esto se entiende, pues la responsabilidad de la integración de los datos es de las administraciones entre sí, no de los operadores. No se trata de un Registro constitutivo, pues de lo contrario, se instauraría por este medio un régimen autorizatorio.

d.3) Intercambio de información en el ejercicio de funciones de supervisión y solicitud de asistencia

En el intercambio de información para esta finalidad concreta, regulado en el art. 21.3 y 24 LGUM, entran en juego dos Autoridades, la de origen y la de destino. La Información se basará especialmente en los resultados de las actuaciones hechas al amparo de una solicitud de asistencia²⁷³.

en el mecanismo de cooperación de intercambio de información, permitiendo que todas las administraciones puedan acceder a la información allí contenida. Para más información sobre la ventanilla única recogida en la Directiva de Servicios y en la LLAASSE, véase ALDOMÀ I BUIXADÉ, J., “La simplificación administrativa en la Directiva de Servicios” en *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales* (dirs. AGUADO I CUDOLÁ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B), Ed. Atelier, Barcelona, 2012, págs. 113 a 174.

²⁷² Esto se lleva a cabo de acuerdo con el Esquema Nacional de Interoperabilidad, previsto en el art. 156 LRJSP y regulado actualmente por el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica.

²⁷³ Como ya hemos tenido oportunidad de ver, la solicitud de asistencia activa en una de las manifestaciones del Principio de Confianza mutua, de las recogidas expresamente por el art. 140.1 LRJSP.

Como hemos dicho, la Autoridad de origen supervisa el cumplimiento de los requisitos de acceso a una actividad económica. En el ejercicio de esta función, puede solicitar a la Autoridad de destino la realización de inspecciones, comprobaciones e investigaciones respecto de operadores o bienes –entendemos que relacionados con la actividad económica- que se encuentren o hayan encontrado en su territorio.

Una vez recibida esta solicitud formal, la Autoridad de destino cumplirá con lo solicitado en el plazo que acuerden ambas autoridades –o, a falta de acuerdo, 15 días máximos-. De los resultados de las comprobaciones, inspecciones e investigaciones realizadas, se informará de forma motivada a la Autoridad de origen que lo ha solicitado.

Por su parte, la Autoridad de destino tiene más opciones en el cumplimiento de su labor supervisora del cumplimiento del ejercicio de la actividad económica. Puede igualmente, en las mismas condiciones expuestas, solicitar la asistencia activa de la Autoridad de origen, exceptuando en este caso la comprobación, inspección o investigación sobre los bienes relacionados con la actividad. Además, puede requerir de esta, toda la información que sea necesaria para confirmar que el operador se encuentra legalmente establecido. Este último requerimiento de información no puede utilizarse como obstáculo al ejercicio de la actividad económica²⁷⁴.

¿Cómo se informa? ¿Qué tipo de documento administrativo se remite? La respuesta es importante debido al Principio de Territorialidad que rige, en general, la competencia judicial²⁷⁵. Los operadores económicos tienen derecho a la tutela de sus derechos por

²⁷⁴ Así lo reconoce la CNMC, en expediente UM/013/15 – informe de 9 de marzo de 2015 sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de mercado, contra la verificación de requisitos para la inscripción en la Comunidad Autónoma de Madrid como entidad de inspección y control en el ámbito de la seguridad y prevención de incendios en establecimientos industriales y no industriales, el cual aclara que “los intercambios de información entre comunidades (de origen y destino) no pueden ni deben tener por efecto impedir o paralizar la actividad económica al operador interesado. Lo contrario supondría la creación de nuevos controles ex ante prohibidos, tanto por los artículos 19 y 20 LGUM [...]. Controles que actúan no sólo en perjuicio de la unidad de mercado sino también de la efectiva competencia en el mismo, al dificultar la entrada de nuevos operadores”.

²⁷⁵ Problema planteado, entre otros, por NARBÓN FERNÁNDEZ, J., “El Principio de cooperación...”, op. cit., págs. 129 a 130 y OCHOA MONZÓ, J., “La articulación de la supervisión de los operadores económicos”,

parte de los Tribunales (art. 24 CE). Estos, a su vez, controlan la actividad de las Administraciones (art. 106.1 CE). Para uno y para otro, la Constitución (art. 152, respecto de los Tribunales Superiores de Justicia), la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ) y la LICA establecen el Principio de Territorialidad, es decir, que “con carácter general, será competente el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiera dictado la disposición o acto originario impugnado” (art. 14. LICA). A tenor de lo expuesto ¿Qué Tribunal sería competente territorialmente para el control de la actividad de asistencia activa entre Autoridades?

Para conocer el foro judicial, hay que conocer el tipo de actividad que se lleva a cabo y el tipo de documento que lo plasma. En primero lugar, es necesario observar que la Autoridad que solicita la asistencia, lo hace en uso de sus funciones de supervisión. En general, las inspecciones, comprobaciones e investigaciones se plasman en un Acta o Diligencia²⁷⁶, que puede derivar en un procedimiento sancionador o resolución. Pero esta Actas pueden ser consideradas como actos de trámite, que no deciden directa o indirectamente el fondo del asunto²⁷⁷, no determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. Es por ello que no son actos recurribles (art. 112.1 LPAC y 25.1 LICA). Tampoco se encuentra en ninguna otra categoría de actuación impugnabile. En consecuencia, el problema del foro judicial decae, pues no se trata de una actuación que pueda ser por

en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014, págs. 410 a 413.

²⁷⁶ El TC ha mencionado algunos aspectos que comportan la naturaleza de las Actas: 1) no son determinantes por sí mismas de ninguna sanción, pues solo forman parte del proceso de instrucción cuyo alcance en la vía administrativa no es otro que el de permitir la incoación del oportuno procedimiento sancionador, procedimiento que en nuestro caso, se lleva a cabo por la administración solicitante, no por la requerida; 2) reconoce a las actas y diligencias extendidas por la Inspección la naturaleza de documentos público, y no de simple denuncia (STC 76/1990, de 26 de abril). Esto concuerda con la legislación actual, con carácter general, art. 27 LPAC y 1216 Código Civil.

²⁷⁷ En palabras de GARRIDO FALLA, F., “faltarles carácter resolutivo”, en cuyo caso se consideran actos internos de la administración, no impugnables salvo que “bajo su apariencia se encubra una verdadera resolución” (*Tratado de Derecho Administrativo. Vol. I. Parte General*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 623)

sí sola, recurriéndola ante los Tribunales, si bien se puede alzar su oposición en la Resolución que ponga fin al procedimiento de inspección (art. 112.1 LAPC y 25.1 LJCA)

d.4) Intercambio de información por razones imperiosas de interés general

En este caso, en funcionamiento del intercambio de información funciona de forma diferente. Son dos los supuestos de hecho enclavados en este apartado.

Las Autoridades competentes intercambiarán información entre sí –y, en su caso, solicitarán la actuación de la otra Autoridad a la que se dirijan- cuando exista la previsión de un riesgo, y con el fin de evitarlo, para la salud o seguridad de las personas o para el medio ambiente en su territorio o en el de otras Autoridades competentes. De esta previsión del art. 25.1 LGUM, sacamos las siguientes conclusiones:

- El intercambio de información puede ser recíproco. No tiene que ser la Administración que se vea amenazada la que solicite la información, sino que puede ser otra Autoridad competente la que envíe la información de forma voluntaria y sin solicitud previa de la Administración amenazada, por estar en conocimiento de ese riesgo. Pero en todos los casos, ha de tratarse de Autoridades competentes, según la definición que el Anexo de la LGUM hace de las mismas.
- Los riesgos de los que nace esta obligación de intercambio de información son muy restringidos: *perjuicio grave* para la salud o la seguridad de las personas o para el medio ambiente. No incluye ninguna razón para el interés general más; y las que están bajo este régimen han de ser calificadas de graves. Si bien abre la posibilidad de que los perjuicios mencionados se den en otro territorio²⁷⁸.

²⁷⁸ Parece que se intenta corregir el hecho de que la aplicación del Principio de necesidad solo permitía la exigencia de Autorización si el riesgo para el medio ambiente se daba en el lugar concreto donde se realice la actividad. Mediante el intercambio de información se persigue mitigar o eliminar ese riesgo, cuando se dé, no solo en el lugar de la actividad, sino en cualquier otro de otra Autoridad competente.

- La Autoridad competente que lo estime, puede solicitar la actuación, que ha de llevarse a cabo en los plazos más breves posibles, de otra autoridad competente, para que esta adopte las medidas que resulten necesarias. La adopción de medidas y la elección de la medida o medidas corresponderán en todo caso a la Autoridad requerida, conforme a la normativa que le rijan.

De todo lo dicho, parece que este mecanismo se escoge para casos de urgencia. Las notas de máxima brevedad en los plazos de actuación, que el perjuicio alegado deba ser calificado de grave y que pueda darse en su territorio o en otro, que no se requiera de solicitud, pudiendo emitir la información de forma voluntaria y *motu proprio*, y que la transmisión pueda ser recíproca, nos dan a entender este mecanismo como un recurso extraordinario y de urgencia.

El segundo supuesto de intercambio de información por razones imperiosas de interés general, recogido en el art. 25.2 LGUM, se da con relación a las medidas disciplinarias y sanciones administrativas firmes que se hayan adoptado respecto a los operadores económicos y que guarden relación a su concreta actividad económica. Esa información se da solamente mediante solicitud previa de una Autoridad competente, motivada en alguna razón de interés general –sin descartar ninguna en este caso y sin especificar si grado de gravedad-, y con posterior comunicación de la transmisión al operador afectado.

En este caso, como la medida correctora o protectora del interés general ya se ha tomado e implantado, la urgencia desaparece, siendo por lo tanto un mecanismo ordinario de intercambio de información.

4.2.3 Reflexión final ¿Principio instrumental o material de la unidad de mercado? Consecuencias de su definición y regulación

La pregunta que surge con relación al Principio de Cooperación, dentro del estudio del objeto del procedimiento en defensa de la Unidad de Mercado –y del procedimiento administrativo del art. 26 LGUM-, es hasta qué grado el incumplimiento de alguna de las obligaciones de cooperación por parte de alguna Administración puede suponer

vulneración de la Unidad de Mercado. Teniendo en cuenta, que este principio, tal y como viene recogido en la LGUM, es un principio instrumental, no de composición o sustantivo de la Unidad de Mercado, me decanto por pensar que su incumplimiento no conlleva por sí mismo, un quebranto a las Libertades de circulación y de establecimiento. Pero eso no quiere decir que sea inocuo no cumplir con el Principio de cooperación, pues el incumpliendo de este, puede terminar en el incumplimiento de alguno de los otros principios, lo cual sí provoca vulneración del a Unidad de Mercado, tal y como se recoge en la LGUM.

4.3 Principio de confianza mutua

La redacción del art. 4 LGUM trata de dar un concepto de este Principio por medio de recopilar y describir conductas que las administraciones han de llevar a término. Estas son tres: respetar el ejercicio legítimo por otras autoridades de sus competencias, reconocimiento de las actuaciones de otras autoridades y ponderar, en el ejercicio de sus competencias, la totalidad de los intereses públicos implicados y el respeto la libre circulación y establecimiento.

Estos tres elementos que definen lo que es el Principio de confianza mutua, son concurrentes con la aplicación de otros Principio de la LGUM. Así, por ejemplo cuando se respetan los Principios de necesidad y proporcionalidad, se lleva a cabo la ponderación de todos los intereses públicos implicados –lo cual requiere, para el conocimiento y comprensión de la totalidad de estos intereses y no solo los de su territorio, de un buen desarrollo de los sistemas de cooperación²⁷⁹-.

²⁷⁹ También influye en este desarrollo el Principio de cooperación. No obstante, se regulan en el mismo artículo de la LGUM (art. 4), indicando con ello la conexión entre ambos. Así se ha reconocido, por la CNMC, por ejemplo, por UM/013/15, Informe de 9 de marzo de 2015 sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, contra la verificación de requisitos para la inscripción en la comunidad autónoma de Madrid como entidad de inspección y control en el ámbito de la seguridad y prevención de incendios en establecimientos industriales y no industriales, apartado II.3.1.

No obstante, en nuestro ordenamiento ya se contempla otro Principio, el de lealtad institucional, que es precursor del que ahora estudiamos, y que comparte gran parte de su contenido. El Principio de lealtad institucional, si bien no aparece recogido como tal en la Constitución, si deriva de esta, así como del bloque constitucional. En cuanto a la Carta Magna, se puede decir de este Principio, que es propio de un sistema en el que varias administraciones actúan sobre una misma materia y sobre un mismo territorio, como el que se establece en el Título VIII CE, y en el resto de artículos que inciden sobre la estructura territorial del Estado. Por lo demás, se encuentra especialmente –pero no solamente- ligado al art. 103 CE. Este artículo, recoge los Principios bajo los que han de actuar las Administraciones públicas, entre los que están: servir con objetividad al interés general, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación. Son estos Principios de actuación los que, dentro de la organización territorial del Estado, hacen necesaria la lealtad institucional²⁸⁰.

Los Estatutos de Autonomía, en algún caso, lo contemplan como Principio que rige las relaciones entre la Comunidad Autónoma y el Estado y con el resto de administraciones autonómicas y locales²⁸¹.

La jurisprudencia se ha encargado de su concreción, diciendo, muy ilustrativamente, que: “Todos los poderes públicos deben observar en el sistema autonómico un comportamiento leal, en uso de sus atribuciones. Este Tribunal se ha referido con reiteración a la existencia de un ‘deber de auxilio recíproco’, de ‘recíproco apoyo y mutua lealtad’, ‘concreción, a su vez, del más amplio deber de fidelidad a la Constitución’. Y aunque, en los supuestos en que así ha tenido ocasión de hacerlo, lo

²⁸⁰ BARRIO GARCÍA, G., “Principios de relación entre Administraciones Públicas”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, núm. 4/2000, págs. 67 a 81.

²⁸¹ Entre otros: Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, art. 59; Estatuto de Autonomía de Andalucía, art. 219, Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, art. 116; Estatuto de Autonomía de Aragón, art. 88; Estatuto de Autonomía de Castilla y León, art. 57; o el EA de Extremadura, art. 67. Otros Estatutos de Autonomía no lo mencionan directamente, pero se desprende de su articulado. En otras ocasiones, forma parte de su legislación ordinaria. Es el ejemplo del caso de Cataluña. Cierto es que su Estatuto de Autonomía no menciona la Lealtad institucional, pero si lo hace en la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento, y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña (art. 54.2) o la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña (art. 129)

haya identificado como regla a la que debe acomodarse el proceder entre autoridades estatales y autonómicas, igualmente está vigente y ha de ser atendido entre los poderes de las diversas Comunidades Autónomas, [...] , en el ejercicio de sus competencias, se abstengan de adoptar decisiones o realizar actos que perjudiquen o perturben el interés general y tengan, por el contrario, en cuanto la comunidad de intereses que las vincula entre sí que no puede resultar disgregada o menoscabada a consecuencia de una gestión insolidaria de los propios intereses. ‘La autonomía -ha dicho la STC 4/1981- no se garantiza por la Constitución -como es obvio- para incidir de forma negativa sobre los intereses generales de la Nación o sobre intereses generales distintos de los de la propia entidad’ (fundamento jurídico 10)” (STC 64/1990, de 5 de abril, FJ 7º)²⁸²

En cuanto a la legislación, son varias las normas que lo contemplan. La más importante por ser normativa común, se encuentra en el art. 3.1 de la LRSP²⁸³, que introduce el

²⁸² En cuanto al contenido de la Lealtad institucional, contenido descrito en el art. 3.1 y art. 140 LRSP, en comparación con la Lealtad constitucional definida en la jurisprudencia emanada del TC, se puede observar una identidad material. Se ha dicho de la Lealtad constitucional que contiene algún contenido más, si acaso el más inmediato, como la sujeción y acatamiento a la supremacía de la constitución –como se contempla en la STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 4º o STC 122/1983, de 16 de noviembre, FJ 6º; y que recoge PUNSET BALNCO, R., “Lealtad constitucional, limitación de derechos y división de poderes”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 3/2002, págs. 2175 a 2190; si bien no estoy de acuerdo con la aplicación final que el autor lleva a cabo-; pero parece que esa sujeción a la supremacía de la CE también se contempla en la Lealtad instruccional, pues es una premisa anterior y necesaria de los deberes por ella impuesta. Por lo que, como conclusión personal, me decanto por decir que se trata del mismo Principio. Si cabe, la Lealtad institucional es la concreta manifestación de la Lealtad constitucional –que se aplica a toda actuación general de todos los poderes públicos-, en cuanto a las relaciones interadministrativas o interinstitucionales.

También resulta de interés las STC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 11º, o STC 109/2011, de 22 de junio, FJ 5º.

²⁸³ Diferente dicción ofrecía la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) que lo desarrollaba con mayor extensión, sin que ello afecte a su contenido jurídico. Esta norma fue modificada sustancialmente por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuya e Exposición de motivos expresa que se considera al Principio de Lealtad institucional como “criterio rector que facilite la colaboración y la cooperación entre las diferentes Administraciones Públicas”.

Principio de lealtad institucional, como Principio específico –manifestación del principio general de cooperación y colaboración²⁸⁴- que ha de regir en las relaciones entre las Administraciones Públicas, lo cual significa²⁸⁵ que las Administraciones han de respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias²⁸⁶; ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones; facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias; y prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias²⁸⁷.

²⁸⁴ Lo define como principio específico, entre otros, XIOL RÍOS, J. A., “La utilización de técnicas de relación con particulares entre administraciones públicas: concesión; licencias; sanciones. La ejecutividad entre administraciones públicas”, *Revista de la Fundación Democracia y Gobierno Local (QDL)*, núm. 8/2005, págs. 50 a 74, y en nuestro caso, pág. 51.

²⁸⁵ Las relaciones entre el Principio de lealtad institucional y el art. 103 CE, que antes fue mencionado, se pueden mencionar brevemente. Así, por ejemplo, una de las obligaciones de este Principio es ponderar, en el ejercicio de sus competencias, la totalidad de los intereses públicos, lo que lleva a servir con objetividad al interés general. Es la descentralización y desconcentración la que provoca la necesidad de respetar el ejercicio legítimo de las competencias de otras administraciones, así como facilitar información para el correcto desarrollo de sus competencias, obligaciones incluidas dentro de la Lealtad institucional. Además, facilita información y prestar cooperación y asistencia, necesitan de coordinación. Dentro de este marco, la STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 2º menciona que “la unidad misma del sistema en su conjunto, en el que las diferentes entidades autónomas se integran, así como el principio de eficacia administrativa (art. 103. 1 CE), que debe predicarse no sólo de cada Administración Pública, sino del entero entramado de los servicios públicos, permiten, cuando no imponen, al legislador establecer fórmulas y cauces de relación entre unas y otras Administraciones locales y de todas ellas con el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que para la gestión de sus intereses respectivos les correspondan”. Entre esos cauces de relación esta los sistemas de colaboración, pero también la lealtad institucional.

²⁸⁶ Sobre este particular, el Tribunal Supremo ha dicho que su no cumplimiento comprende e incluye la invasión, limitación, menoscabo en las competencias de la otra Administración o el ejercicio de las mismas (entre otras, STS 08 de julio de 2009, DF 4º, RC 4227/2007).

²⁸⁷ Sobre este deber, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., *La Lealtad constitucional en la Constitución de 1978*, Ed. CEPC, Madrid, 2008, pág. 210, no lo considera integrado dentro de la Lealtad constitucional, o en nuestro caso institucional, pues piensa que, si bien este “deber general de auxilio” forma parte del ordenamiento, lo

Es observable, que las obligaciones mencionadas en el párrafo anterior son igualmente obligaciones derivadas del Principio de confianza mutua, pudiendo sumar, su fuera el caso, un sistema de reconocimiento mutuo²⁸⁸.

Pero como decíamos, esta no es la única ley estatal que introduce y desarrolla el Principio de Lealtad institucional. Por una parte, este Principio ha sido integrado en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), en su art. 2.1 g)²⁸⁹ –tratándose de un Principio igualmente ligado

hace por medio de una norma con rango de Ley que no forma parte del Bloque constitucional –a diferencia de los que ocurre en Alemania, cuyo deber de auxilio, tanto judicial como administrativo, viene estipulado explícitamente en su constitución (art. 35.1)-. Pero debo discrepar, por tres razones. Primero porque el deber de auxilio es simplemente un deber instrumento que hace posible la realidad de los Principios que se contemplan en el art, 103 CE, así como del planteamiento constitucional de la estructura territorial del Estado, así como de sistema de competencias del art. 149.1. En segundo lugar, porque este deber de auxilio se reconoce a su vez, en otras normas, que sí forman parte del Bloque constitucional, como por ejemplo y por citar algunos la LOFCA, o ciertos Estatutos de Autonomía. Por último, y no por ello menos importante, porque no puede hacerse depender la vigencia y eficacia de este deber tan importante en nuestro sistema, a la voluntad del legislador estatal, que decida incorporarlo al ordenamiento. De otra forma, su inclusión en el mismo, podría afectar a las competencias autonómicas e incluso a la propia autonomía como concepto, pues se crean unas obligaciones que no emanan de la Constitución ni de su Bloque, y para las que Estado, en consecuencia, no tendría competencias, pues las listas de competencias son parte de la CE.

²⁸⁸ El Consejo de Estado, en su Dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, recuerda que este sistema ya está previsto a otros efectos, tratándose de un sistema “propio de los Estados descentralizados y con rasgos de aplicación jurídica propios del Derecho Internacional privado” (Dictamen 631/2013, con fecha de aprobación 26 de junio de 2013, apartado 15º)

²⁸⁹ Este artículo dice que la lealtad institucional en materia financiera, “determinará el impacto, positivo o negativo, que puedan suponer las actuaciones legislativas del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia tributaria o la adopción de medidas que eventualmente puedan hacer recaer sobre las Comunidades Autónomas o sobre el Estado obligaciones de gasto no previstas a la fecha de aprobación del sistema de financiación vigente, y que deberán ser objeto de valoración quinquenal en cuanto a su impacto, tanto en materia de ingresos como de gastos, por el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, y en su caso compensación, mediante modificación del Sistema de Financiación para el siguiente quinquenio”.

en cuestiones financieras, al de solidaridad, que recoge, entre otros, el art. 2 CE y el 138.1 CE-.

Por su parte, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL) introduce este Principio en las relaciones de las Administraciones Locales con el resto de Administraciones en su art. 55, añadiendo la obligación de valorar el impacto que sus actuaciones en materia presupuestaria y financiera pudieran provocar en el resto de Administraciones Públicas

Y, por último, conviene hacer referencia al desarrollo jurisprudencial del Principio de Lealtad Institucional, no en cuanto a su contenido, que ya se ha mencionado, sino en cuanto a sus características funcionales. Y dentro de este marco, se puede decir lo siguiente:

- El Principio de lealtad constitucional, es un Principio sinalagmático, es decir, que se predica de las Administraciones recíprocamente²⁹⁰ –mutua lealtad, palabras del TC-, unas para con otras, tanto en las relaciones verticales como horizontales.
- Este Principio, funciona como límite a la discrecionalidad de las Administraciones Públicas, pero no se puede alegar como instrumento de homogenización²⁹¹, es decir, que no cabe invocar la Lealtad institucional para entender que todas las administraciones han de observar el mismo comportamiento o adoptar la misma postura, incluso normativa, en las mismas circunstancias.

Cabe preguntarse tras lo visto ¿qué relación hay entre el Principio de confianza mutua y el de Lealtad institucional? En mi opinión, se trata del mismo Principio, pero con nomenclatura diferente debido a su ámbito concreto de actuación. Así, el Principio de lealtad institucional es un Principio que rige en la generalidad de las relaciones interadministrativas. En cambio, cuando nos referimos a él como Principio de confianza

²⁹⁰ Véase, STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 4.º; STC 96/1986, de 10 de junio, FJ 3º; STC, 64/1990, de 5 de abril, FJ 7º, o STS, de 15 de julio de 2014, FD 3º (RC 4318/2011); STS de 19 noviembre 2014 FD 2º (5449/2011). Por supuesto, también se desprende de la lectura de los arts. 3.1 y 140 LRSP.

²⁹¹ Entre las últimas, véase la STS de 2 de noviembre de 2015, FD 4º y 6º (RC 1771/2013), respectivamente.

mutua, el legislador lo reserva para referirse a las relaciones interadministrativas en materia de acceso y ejercicio a las actividades económicas, y el general en materia de libertades económicas y a todo aquello que afecte a la Unidad de Mercado.

4.4 Principio de Necesidad

El Principio de necesidad es un Principio general de la intervención administrativa²⁹². Está plasmado en la legislación general y básica sobre el procedimiento administrativo. El art. 4.1 LRSP, sobre los Principios de intervención de las administraciones públicas para el desarrollo de una actividad, dice: “Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán [...] motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen”.

En la misma línea se expresa el art. 5.1 LGUM, que exige a la autoridad competente que decida establecer límites o requisitos para el acceso o ejercicio de una actividad económica²⁹³, la motivación de “su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general”. Las razones imperiosas de interés general, son las comprendidas en el art 3.11 de la LLAASE, a la que nos remite la LGUM²⁹⁴ y que son las

²⁹² También es un Principio de la buena regulación aplicable a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas, por lo dispuesto en el art. 4.1 y 4.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

²⁹³ La CMNC ha expuesto que los Principios de la LGUM, especialmente los de Necesidad y Proporcionalidad, no solo se aplican a los límites o requisitos directamente relacionados con el acceso o ejercicio de una actividad económica, sino también a aquellos requisitos o límites, que si bien no versan sobre estas materias, si tienen un “efecto reflejo” sobre los agentes económicos y sobre el acceso o ejercicio de la actividad económica. Por ejemplo, los requisitos de solvencia económica (explícitos o implícitos) en la contratación pública (UM/045/14 - Informe de 26 de septiembre de 2014 sobre reclamación presentada, al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, en relación con el pago aplazado de los contratos del Sector Público. Apartado II.3)

²⁹⁴ Un análisis de las mismas, por REBOLLO PUIG, M., “El principio de necesidad y proporcionalidad de los límites a las actividades económicas”, *Estudios sobre la Ley de Garantía de la unidad de mercado*, Ed. Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2017, págs. 104 a 113.

siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

El Principio de necesidad, no solo exige que se alegue alguna de las causas vistas, sino que exige si motivación suficiente (art. 17.1 LGUM), es decir, que se justifique por qué el límite o requisito concreto que se quiera imponer guarda relación con el interés legítimo que se pretende proteger²⁹⁵. De acuerdo con el criterio seguido por la CNMC, deben ser las circunstancias concretas y concurrentes de cada actividad económica las que, en consonancia con la normativa, lleven a determinar si una medida de intervención se justificaría en cada caso. Es valoración debe ser hecha por la Administración competente actuante.

Por lo demás, parece que la lista de razones es una lista cerrada de *numerus clausus*, de tal forma que solo cabe establecer un límite o requisito al acceso o al ejercicio de una actividad económica por alguna de las razones enumeradas, y solo de entre esas. Pero el art. 17 LGUM juzga de forma más severa estas razones, constriñendo su utilización, para el caso de las autorizaciones, declaraciones responsables o comunicaciones previas

²⁹⁵ Así se ha manifestado y mantenido por los Tribunales llamados a la garantía de la unidad de mercado, diciendo que “los principios de necesidad y de proporcionalidad obligan a motivar y a justificar la necesidad de exigir límites para el acceso a una actividad económica [...] en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general [...]” (SAN de 10 de septiembre de 2018, RO 16/2017, FD 6º; y con el mismo argumento, SAN de 8 de marzo de 2018, RO 549/2015, FD 4º; SAN de 14 de mayo de 2018, RO 201/2015, FD 5º; SAN de 31 de octubre de 2018, RO 5/2017; FFDD 6º y 7º; SAN de 28 de noviembre de 2018, RO 757/2015, FD 10º; SAN de 28 de diciembre de 2018, RO 18/2017, FD 6º; y STS 362/2019, de 18 de marzo, FD 2º, RC 1746/2016; FD 6º.

–que son solo algunos de los requisitos que se pueden establecer, pero no los únicos²⁹⁶– según los criterios que exponemos a continuación.

Autorización²⁹⁷. Se podrá exigir la solicitud de una autorización o de una inscripción en un Registro de carácter habilitante –no los de carácter meramente informativo–:

- A los operadores económicos, cuando lo requieran razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente “*en el lugar concreto donde se realiza la actividad*” (cursiva propia)²⁹⁸.

- Si se trata de instalaciones o infraestructuras físicas relacionadas con la actividad económica, cuando estas puedan generar daños

²⁹⁶ Otros requisitos o limitaciones al acceso o ejercicio de una actividad económica que, en su caso se registrarán por el criterio general del art. 5.1 LGUM, pueden ser, por ejemplo, la obligación homologación, de poseer cierta titulación, la presentación de memorias o informes de actividad periódicos, la obligación de colegiarse en un Colegio Oficial, la contratación de un seguro de responsabilidad civil, etc.

²⁹⁷ El Anexo de la LGUM, letra f), define mediante un concepto amplio el término ‘Autorización’. Así dice: “Autorización, licencia o habilitación: cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija a un operador económico con carácter previo para el acceso a una actividad económica o su ejercicio”.

²⁹⁸ Me sumo a la crítica que hace PERNAS GARCÍA, J. J., sobre esta coetilla que se introduce en el letra a) del art. 17.1 LGUM, considerándolo regresivo en la protección del medio ambiente, pues como el autor recuerda, “algunos regímenes autorizatorios ambientales están parcialmente orientados a la protección del medio ambiente en lugares alejados del entorno de las actividades afectadas o a restringir las emisiones de sustancias contaminantes que no inciden en directamente en el entorno de las actividades, como las emisiones con efecto invernadero de carácter transfronterizo”. Siendo esto así, también reconoce que “en ningún caso puede suponer un límite al desarrollo de actuaciones administrativas que den cumplimiento a obligaciones de Derecho comunitario”. (“El Principio de necesidad y de proporcionalidad en la Ley de garantía de la Unidad de Mercado”, *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. La Ley, 2014, Madrid, págs. 433 y 434). Esto provoca, no obstante, que España, como es de esperar cumpla con la normativa medioambiental europea, pero quedando en un mero cumplimiento, renunciando a ir a la cabeza en países protectores de medio ambiente. Y, debemos recordar que la protección del medio ambiente también es un Principio constitucional (art. 45 CE).

medioambientales, en el entorno urbano, en la seguridad y salud públicas o en el patrimonio histórico artístico.

- Cuando el número de operadores deba ser limitado por la escasez de recursos naturales, por la necesidad de utilizar el dominio público²⁹⁹, existan impedimentos técnicos o se trate de un servicio público sometido a tarifa regulada.

- Cuando la Autorización sea una exigencia derivada de la normativa de la UE o de tratados y convenios internacionales. Puede que no se derive directamente de estas, sino de la aplicación que se deba hacer del Principio de Precaución o Cautela³⁰⁰.

²⁹⁹ En cuanto a la utilización del dominio público, la CNMC, si bien asume que la Autoridad competente puede exigir la autorización, si se cuestiona –y a la vez sugiere- por qué no se exige que para poder exigir un medio de intervención *ex ante*, la utilización de dominio público sea más gravosa o intensa que la que supone un uso normal, es decir, “tenga lugar un efectivo aprovechamiento especial o privativo del dominio público”. Por otra parte, hace lo mismo con el término de la escasez de los recursos naturales, a la cual no debería, en su opinión, afectar cuando el uso de estos sea de “carácter puntual y ocasional” de tal forma que no “pare[zc]an apuntar a un exceso de demanda sobre el recurso escaso”. Esto sería así, en los recursos naturales escasos por ser limitados, pero recuperables y permanentes. En el caso se trata de suelo destinado a vía pública. En consecuencia, no lo sería para aquellos de difícil o imposible recuperación (UM/011/14. Informe de 15 de mayo de 2014 sobre la 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 exigencia del Ayuntamiento [confidencial] de sujetar la actividad de cambio de neumáticos en la vía pública a la Ordenanza Municipal reguladora de [confidencial], apartado II.2.3).

³⁰⁰ Se trata de un Principio de la UE –también recogido en alguna norma de Derecho Internacional-, relativo en un primer término al medio ambiente, tal y como se recoge en el art. 191 TFUE. Este ha sido interpretado por el TJUE, en el sentido de su uso con la finalidad de mantener o incrementar “el nivel de protección de la salud humana y animal garantizado en la Comunidad”. En consecuencia, en Principio de precaución o cautela “obliga a la autoridad pública a gestionar un riesgo que supere el nivel de riesgo considerado aceptable para la sociedad de tal forma que lo sitúe por debajo de este umbral [...] a través de la adopción de medidas apropiadas para garantizar un elevado nivel de protección de la salud pública, de la seguridad y del medio ambiente se corresponde, pues, con el conjunto de iniciativas emprendidas por una institución para afrontar un riesgo con el fin de situarlo dentro de un nivel aceptable” (por todas STJUE de 11 de julio de 2013, asunto C-601/11 P República francesa contra Comisión Europea,

Declaración responsable³⁰¹. Se podrá exigir la presentación de una Declaración responsable para el acceso o ejercicio de una actividad económica cuando lo demande el cumplimiento de requisitos que se justifiquen en alguna de las razones imperiosas de interés general, de entre las que ya hemos enumerado. El operador económico declarará por lo tanto, que cumple con estos requisitos.

Comunicación previa. La presentación de una comunicación previa solo puede exigirse cuando se den dos circunstancias. La Autoridades competentes precisen conocer el número de operadores económicos o en número de instalaciones o infraestructuras físicas, y esta necesidad de conocimiento debe estar justificada en alguna razón imperiosa de interés general, de las que indica el art. 3.11 LLAASE.

especialmente 139 y 141, que asume los criterios del Tribunal *ad hoc*). Para un mayor desarrollo y conocimiento. Véanse la Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución COM 2000/0001/final de 2 de febrero del 2000, consolidado a 21 de septiembre de 2015, donde define este Principio y establece los criterios de aplicación, y que en síntesis, “pretende garantizar un elevado nivel de protección del medio ambiente mediante tomas de decisión preventivas en caso de riesgo. No obstante, en la práctica, su ámbito de aplicación es mucho más amplio y se extiende asimismo a la política de los consumidores, a la legislación europea relativa a los alimentos, a la salud humana, animal y vegetal”; FRANÇOIS EWALD, CHRISTIN GOLLIER y NICOLAS DE SADELEER, *Le Principe de Précaution*, Ed. Puf, París, 2008; o DIDIER BOURGUIGNON, *Le Principe de Précaution. Définitions, applications et gouvernance*, Ed. EPRS – Servicio de Publicaciones del Parlamento Europeo, Bruselas-Unión Europea, 2015.

³⁰¹ EL art. 69 LPAC, dice que se “entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.

Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable”. Por su parte, el punto 2 del mismo artículo defina lo que debe entenderse por Comunicación previa, al decir que es “aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad ejercicio de un derecho”. La misma definición contiene el art. 84 LBRL.

Es oportuno mencionar, que si bien estas son las reglas de aplicación a la hora de establecer límites o requisitos para el acceso o ejercicio de una actividad económica, el art. 18 LGUM se encarga de declarar ciertos requisitos como prohibidos en cualquier caso.

En general, los requisitos que se establezcan deben guardar relación directa con el objeto de la actividad económica o con su ejercicio, quedando prohibidos los demás. Sin embargo, se especifica de forma concreta que queda prohibido establecer requisitos de naturaleza económica, que supediten el acceso o ejercicio de la actividad a la “prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente o a que se comercialicen productos o servicios de un tipo o procedencia determinada” (art. 10.e LAASE). Tampoco se puede imponer la intervención directa o indirecta de competidores en la concesión de autorizaciones relativas al ejercicio de una actividad económica³⁰² (art. 10.f LLAASE).

4.5 Principio de Proporcionalidad

Por lógica, el Principio de proporcionalidad debe ser ponderado con posterioridad al de necesidad. Una vez que se ha justificado la inclusión de algún requisito o límite al acceso o ejercicio de una actividad económica, debe evaluarse que requisito, límite o medio de intervención concreto se puede establecer de tal manera que se cumpla con el criterio de la proporcionalidad.

El Principio de Proporcionalidad, es un Principio que rige, en general la actuación de las Administraciones Públicas, y supone la elección del medio o medida “menos restrictiva” (art. 4.1 LRSP), y que deriva del contenido de la Constitución³⁰³. El deber de

³⁰² Esta prohibición no afecta a la actuación de colegios profesionales y consejos generales y autonómicos de colegios profesionales, en el ejercicio de las competencias que les otorga su normativa (at. 10 f LLASSE).

³⁰³ Este Principio se fundamenta en los valores superiores del ordenamiento de la Libertad y de la justicia, así como del reconocimiento de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE). Estos valores deben hacerse efectivos y reales, eliminando los obstáculos, también administrativos, que “impidan o dificulten su plenitud” (art.

proporcionalidad nace del necesario equilibrio entre las libertades y derechos de los particulares y las potestades públicas³⁰⁴.

La LGUM, impone la aplicación del Principio de proporcionalidad, adaptándolo a su concreto ámbito material. Comienza por dar enumerarlo entre los Principios que configuran la Unidad de Mercado y lo define diciendo que “Cualquier limite o requisito establecido [...] 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” (art. 5.2 LGUM)

De esta exposición, se pueden sacar las siguientes conclusiones:

- La proporción se mide en comparación con la razón que justifica –una vez aplicado en Principio de necesidad- la inclusión de ese requisito o límite.
- Requiere que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador.

Eso concuerda con los criterios o condiciones tradicionales de medición de la aplicación del Principio de proporcionalidad –test de proporcionalidad.³⁰⁵ ¿Cómo se mide o juzga la proporcionalidad de una actuación de la Administración, según esos criterios?

9.3 CE. Para un análisis del Principio de Proporcionalidad en la CE, véase a BARNES VÁZQUEZ, J., “El Principio de Proporcionalidad. Estadio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5/1998 (octubre-noviembre), págs. 15 a 49, y especialmente, 19 a 21.

³⁰⁴ Así lo recuerda LÓPEZ GONÁLEZ, J. I., “El Principio de Proporcionalidad en Derecho Administrativo”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5/1998 (octubre-noviembre), págs. 145 a 158, y especialmente págs. 145 y 146. También en su monografía ibidem, *El Principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Ed. Instituto García Oviedo (Universidad de Sevilla), Sevilla, 1988, págs. 146 y 147, donde recuerda que, sobre todo en el marco de la regulación de la actividad económica, ya “no cabe seguir utilizando por parte de la Administración un concepto expansivo y abstracto del interés general, para respaldar el mantenimiento de técnicas de intervención. *La libertad es la regla, la intervención la excepción*” (cursivas propias).

³⁰⁵ Estos criterios de ponderación de la proporcionalidad son los argumentados por la doctrina. Así, para un análisis general de los mismo, véase LÓPEZ GONÁLEZ, J. I., *El Principio general de proporcionalidad...*, op. cit., págs. 117 a 124; LÓPEZ GONÁLEZ, J. I., “El Principio de Proporcionalidad...”, op. cit., págs. 154 y 157. Para su análisis desde el punto de las actividades económicas y de la TJUE, PERNAS GARCÍA, J. J., “El Principio de necesidad y de proporcionalidad...”, op. cit., págs. 434 a 441.

Hagamos una exégesis de cada uno de ellos y pongámoslos en relación a la unidad de mercado, dejando claro desde el comienzo que se tratan de condiciones cumulativas.

Así, el primero de ellos es que el contenido de la actuación administrativa guarde relación de causalidad en el fin que la justifica. En este apartado, entran en juego, siguiendo el esquema de LÓPEZ GONZALEZ³⁰⁶, tres ideas.

- El supuesto de hecho que justifica la actuación o intervención administrativa, que en el caso de la unidad de mercado, vendría siendo en el acceso o ejercicio de una actividad económica.
- Los fines de interés general que tutela el ordenamiento jurídico con esa intervención administrativa. En nuestro caso, esos fines corresponderían a las razones imperiosas de interés general, de las que ya hemos hablado con motivo del Principio de necesidad.
- Los medios empleados por la administración para alcanzar o proteger ese interés general. Puede que del juicio de proporcionalidad en este primer estadio, sean varias las medidas, requisitos o límites que ayudaría o contribuirían a la consecución del fin.

Se podría decir que este primer estándar utilizado por la doctrina y por la jurisprudencia, es normativizado por la LGUM como Principio de necesidad, como *prius* lógico de entendimiento y aplicación del Principio de Proporcionalidad *strictu sensu*. Este estudio, por lo tanto, ya se ha hecho en el epígrafe anterior, al que nos remitimos.

No obstante, en relación a este primer criterio, si hay que añadir que la CNMC ha perfilado el Principio de proporcionalidad de la LGUM informando que, para que se considere una actuación proporcionada, esta ha de justificarse en la estricta protección del interés público que se vincule al sector y actuación concreta, y “limitarse a los

³⁰⁶ LÓPEZ GONÁLEZ, J. I., El Principio general de proporcionalidad..., op. cit., págs. 117 y ss.; y en la misma línea LÓPEZ GONÁLEZ, J. I., “El Principio de Proporcionalidad...”, op. cit., págs. 154 y ss.

estrictamente necesario”³⁰⁷, pues de lo contrario, infringiría el Principio de proporcionalidad³⁰⁸.

El segundo es que la medida adoptada sea la necesaria y la menos restrictiva, para la consecución eficaz del fin perseguido. Esto quiere decir, que la autoridad debe decantarse por la medida menos restrictiva que permita obtener el mismo resultado, de entre las aptas o idóneas para la consecución del fin.

Y es el que se puede apreciar en la composición dada por el art. 17 LGUM, recordemos, solo para ciertos medios de intervención –autorización, declaración responsable o comunicación previa- que no para el resto de requisitos o límites que se establezcan.

Como hemos dicho, este artículo regula las condiciones o circunstancias en las que una Autoridad puede, aplicando el Principio de necesidad, exigir autorización como medio de control o técnica de intervención del acceso o ejercicio de una actividad económica. Y una de las condiciones, la más importante en relación a la proporcionalidad, es la de que esa “razón de interés general” que justifica y motiva la inclusión de un régimen de control, no pueda salvaguardarse “mediante la presentación de una declaración responsable o comunicación previa” (art. 17.1 letras a y b LGUM)³⁰⁹.

³⁰⁷ UM/045/14. Informe de 26 de septiembre de 2014, sobre reclamación presentada, al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en relación con el pago aplazado de los contratos del sector público; (UM/026/15 – Informe de 10 de junio de 2015, en la misma línea).

³⁰⁸ UM/056/14. Informe de 19 de noviembre de 2014 sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, contra las normas que regulan la práctica de la valoración con finalidad hipotecaria, en cuyo apartado II.3, dice “el establecimiento de límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio puede suponer la infracción de los principios de necesidad y proporcionalidad a los que se refiere el artículo 5 de la LGUM cuando tales límites no sean proporcionados a la razón imperiosa de interés general invocada”.

³⁰⁹ Esta previsión solo se formula a los operadores económicos y respeto de las instalaciones o infraestructuras, y no respecto de la escasez de recursos naturales, utilización del dominio público, existencia de impedimentos técnicos o existencia de servicios públicos sometidos a tarifa regulada, que quedarían, si se justificara y motivara, inexorablemente a un régimen autorizatorio, tal y como se refleja en la comparación de la letra c) del art. 17.1 LGUM, con las letras a) y b) del mismo.

Esto quiere decir que, apreciada una causa que justifica el sometimiento del acceso o ejercicio de una actividad económica a una técnica de intervención de la administración, esta debe de ser la menos restrictiva o lesiva para la actividad y para el operador, de entre los reconocidos en el art 17 LGUM. Pero de esta afirmación surge una cuestión que se debe dilucidar, ¿son lo mismo la declaración responsable y la comunicación previas? En caso de haber diferencias, ¿Cuáles serían y cómo afecta eso al Principio de proporcionalidad? Veamos.

En mi opinión, la Declaración responsable y la Comunicación previa, no solo lo mismo. Y esa parece ser la tesis seguida en la LGUM, como se desprende de los puntos 3 y 4 del art. 17. En ello se hace una distinción tanto en las causas como en los objetivos que ambas tienen.

Declaración responsable. La Autoridad competente puede exigir la presentación de la Declaración responsable cuando la normativa exija para el acceso o ejercicio de una actividad económica, para las instalaciones o infraestructuras físicas precisas para la actividad, el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón de interés general –pues la LGUM prohíbe el establecimiento de requisitos que no se justifiquen de esta forma-.

La causa es, por lo tanto, la exigencia de requisitos para el acceso o ejercicio de una actividad económica, o para las instalaciones o infraestructuras físicas precisas para la actividad. La Administración puede controlar el cumplimiento de estos requisitos, pero aplicando la proporcionalidad, ese control se hace *ex post*, una vez iniciada la actividad, iniciada o culminada la instalación o infraestructura. El operador no precisa de un documento habilitante expedido por la Administración, sino que presenta una Declaración³¹⁰ donde expresa bajo su exclusiva responsabilidad, entre otras cosas, que cumple con todos los requisitos.

³¹⁰ Sobre la naturaleza jurídica de la Declaración responsable y de la Comunicación previa, la doctrina parece converger en que se trata de documentos o actos privados de los particulares y no de la administración, siguiendo de esta forma la letra de la LPAC. Entre otros PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., “Directiva de servicios y turismo: el nuevo régimen de acceso y prestación de los servicios turísticos y su contribución al incremento de la calidad turística”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 24/2013

Comunicación previa. La Autoridad competente puede exigir la presentación de una Comunicación previa, cuando por alguna razón imperiosa de interés general, esta necesite conocer el número de operadores económicos, de instalaciones o de infraestructuras físicas en el mercado.

La causa de la Comunicación es totalmente diferente a la de la Declaración responsable. No se exige porque existan requisitos cuyo cumplimiento la administración deba comprobar. De hecho, si existieran ya no cabría este medio de intervención, pues nos encontraríamos en el supuesto de hecho de la Declaración responsable o de la Autorización. Su supuesto de hecho es el conocimiento del número de operadores o de instalaciones o infraestructuras físicas en el mercado bajo potestad de esta administración.

Hay que matizar que para que la Administraciones puedan requerir la Comunicación previa, ha de justificar la necesidad de conocer el número de operadores igualmente en una razón imperiosa de interés general, pues de lo contrario no cumpliría con lo regulado en la LGUM.

Como vemos, la LGUM establece una diferencia clara entre ambas. Se podría decir que la diferencia es sobre todo de intensidad en el control³¹¹, siendo más intenso mediante la Declaración responsable, y menos con la Comunicación previa.

(enero-junio), pág. 304, que lo identifica con la autorregulación de carácter declarativo; o FERNÁNDEZ TORRES, J., R., "Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable", *Revista catalana de dret públic*, núm. 42/2011, pág. 97. Por su parte, LAGUNA DE PAZ, J. C., "Controles administrativos para el acceso al mercado: autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas", en *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Ed. CES Castilla y León, Valladolid, 2010, pág. 325, donde el autor los clasifica como Expedientes Informativos.

³¹¹ Así lo ven también, entre otros, GONZÁLEZ GARCÍA J. V., "Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la transposición de la Directiva de Servicios", REAF núm. 11/2010 (octubre), págs. 255 a 293 y, concretamente págs. 277 y 278; PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., "Directiva de servicios y turismo: el nuevo régimen de acceso...", op. cit., pág. 283-284 y 300; MOREU CARBONELL, E., "La Administración 'neopolicial'. Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 12/2010 (extra), págs. 249 a 295, y en especial págs. 273 y 274, que sin embargo, estructura la pirámide de control de forma

En resumen, y de forma esquemática, apreciada una causa imperiosa de interés general, esta se debe perseguir o proteger con el medio menos restrictivo, y en el caso de los medios de intervención destacados en el art. 17 LGUM, debe estudiarse en primer lugar, si se puede hacer mediante una comunicación previa; no pudiéndose, se pasaría el estudio de la Declaración responsable, y solo en el caso de que por ninguna de esas técnicas de intervención pueda garantizarse la razón que lo permite, puede acudirse al régimen autorizador³¹².

Para el resto de los requisitos o límites, se aplicaría igualmente el criterio expuesto, teniendo en cuenta que la CNMC ha interpretado que el Principio de Proporcionalidad exige a la autoridad competente que justifique no solo el medio de intervención escogido –aplicando el Principio de proporcionalidad- sino justificar también “las razones específicas por las cuales dicho interés no pueda salvaguardarse”³¹³ imponiendo otro medio de intervención menos gravoso. Mantiene, por lo tanto, dos obligaciones de justificación; una, exponiendo las razones por las que el medio elegido, es el adecuado o proporcionado, y otra, analizando el resto de medios, se entiende, menos restrictivos, y explicando porque esos no conseguirían igualmente el fin perseguido.

En tercer lugar, la aplicación del Principio de proporcionalidad manda que la medida resulte equilibrada, por derivarse de ella para el interés general, beneficios superiores a

distinta, dando más intensidad de control mediante la Comunicación previa que mediante la declaración responsable, como también hace RODRÍGUEZ FONT, M., “Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local”, *Anuario de Derecho Local*, núm. 1/2009, págs. 261 a 300, y concretamente pág. 281.

³¹² En este sentido, comparto la conclusión a la que llega FERNÁNDEZ TORRES, cuando, hablando sobre el régimen autorizador impuesto por la Directiva de Servicios, reconoce que no se trata de dismantlar este régimen, sino eliminar aquellos que resultan especialmente onerosos, abusivos e innecesarios. También nos dice que no hay un rechazo al régimen autorizador, sino una preocupación por la salvaguarda de la libertad de establecimiento y de circulación –que es lo que se restringe con este régimen- y por la simplificación (“Regímenes de intervención administrativa: autorización...”, op. cit., págs. 89 a 91).

³¹³ UM/026/15. Informe de 10 de junio de 2015 sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en relación con la Ordenanza reguladora de las instalaciones radioeléctricas pertenecientes a las redes de telecomunicaciones en el municipio de Llodio, apartado II.2.

las limitaciones o restricciones de derechos que la medida implica³¹⁴. Esto quiere decir que la administración actuante debe hacer una ponderación entre los beneficios de su actuación y los perjuicios que ocasionan las limitaciones o restricciones de la libertad de circulación y de establecimiento³¹⁵. De tal forma que el Principio de proporcionalidad exige que los beneficios para el interés general sean superiores cualitativamente que los perjuicios que la misma actuación acarree³¹⁶.

El sometimiento de la actuación administrativa que afecte a la unidad de mercado a estos criterios, juzgará y determinará si ha respetado el Principio de Proporcionalidad, y por lo tanto, si la actuación respeta las libertades de circulación y de establecimiento³¹⁷.

³¹⁴ LÓPEZ GONÁLEZ, J. I., en “El Principio de Proporcionalidad...”, op. cit., págs. 156 y 157, expone que no todas las actuaciones administrativas requieren de esta ponderación, pues pueden asegurar la aplicación del Principio de proporcionalidad a través de las dos primeras condiciones estudiadas. Él le otorga a estas condiciones, una especial relevancia en el ámbito de las actuaciones discrecionales y en las de naturaleza normativa. En consecuencia, salvo estos últimos supuestos, esta condición no sería cumulativa.

³¹⁵ Libertades –de circulación y de establecimiento- que como invoca FERNÁNDEZ TORRES, J. R., son “preexistentes” y requieren de salvaguardas, y como cualquier derecho o libertad, de un régimen jurídico favorable a su desarrollo (“Regímenes de intervención administrativa: autorización...”, op. cit., págs. 85 a 114)

³¹⁶ Este punto es calificado por la jurisprudencia como la proporcionalidad en “sentido propio”. V. gr. STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5º.

³¹⁷ Hay un supuesto en que esos criterios no sirven para juzgar la proporcionalidad de una actuación administrativa. Es el caso de la aplicación del Principio de precaución, pues como evoca PERNAS GARCÍA, J. J., si bien debe acreditarse la existencia de un riesgo efectivo para el interés general, “de acuerdo con su formulación, debe ser posible justificar la adopción de una medida ambiental o sanitaria restrictiva del derecho de establecimiento, aun en caso de que el nexo causal no pueda establecerse con claridad en función de las pruebas científicas disponibles. La incertidumbre científica [...] que rodea a las decisiones para establecer límites o requisitos para la gestión de riesgos tecnológicos o ambientales y, en consecuencia, la necesidad de hacer evaluaciones complejas debe otorgar un mayor grado de apreciación a las ‘autoridades competentes’” (“El Principio de necesidad y de proporcionalidad...”, op. cit., págs. 436 y 437).

4.6 Principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional

Antes de comenzar con el estudio de este Principio, hemos de advertir que la regulación que hace la LGUM del mismo, ha sido declarada inconstitucional por las SSTC 79/2017 de 22 de junio, 110/2017 de 5 de octubre, 111/2017 de 5 de octubre y 119/2017 de 31 de octubre³¹⁸. Sin embargo, me parece oportuno mantener el análisis que de este Principio, según estaba regulado, se puede extraer.

Este principio implicaba que “los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes relacionadas con el libre acceso y ejercicio de una actividad económica tendrán eficacia en todo el territorio nacional” (art. 6 LGUM)³¹⁹.

Sin duda, este es el Principio de la LGUM que más recelo y polémica desató. Especialmente desde el ámbito de las Comunidad Autónomas y Entidades Locales. La razón estribaba en una posible vulneración de sus competencias y en el llamado *dumping* normativo o regulatorio, en que los operadores económicos se instalan y establecen en un determinado territorio por su laxa normativa sobre acceso y ejercicio de actividades económicas, para después operar en toda la nación.

³¹⁸ Sobre el alcance las sentenciar expuestas, SOLA TEYSSIERE, J., “Ordenación de las actividades económicas tras las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Unidad de Mercado”, *Revistas de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 11/2009, págs. 29 a 55.

³¹⁹ El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que la “limitación territorial de la eficacia de las normas y actos no puede significar, en modo alguno, que le esté vedado por ello a esos órganos, en uso de sus competencias propias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional. La unidad política, jurídica, económica y social de España impide su división en compartimentos estancos y, en consecuencia, la privación a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencias más allá de sus límites territoriales *equivaldría necesariamente a privarlas, pura y simplemente, de toda capacidad de actuación*” (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FD 1^º) es precisamente dentro de este marco, donde se deben establecer las imitaciones a la potestad normativa de las Comunidades Autónomas, y por ende, al resto de entes con potestad normativa. Una de estas limitaciones es la que se estudia ahora, el Principio de unidad de mercado.

Por otra parte, se trataba del Principio más novedoso³²⁰. Es imperativo que analicemos como desarrollaba la LGUM el Principio de eficacia nacional, también, erróneamente llamado de “Licencia Única”³²¹.

a) Libertades de iniciativa económica y de ejercicio de la actividad

La LGUM desarrollaba este Principio especialmente en los artículos 19 y 20. En primer lugar, el artículo 19 venía a dictar el significado que debe darse, en este concreto marco normativo, a las libertades de establecimiento y de circulación.

El operador económico tiene reconocida la libertad de establecerse en cualquier parte del territorio nacional, cumpliendo con los requisitos, si los hay, que se exijan en el mismo para el establecimiento o acceso a la actividad. Una vez establecido conforme a los criterios expuesto. Y con el fin de hacer efectiva la Libertad de circulación, se instituía la plena validez en el lugar de destino de los requisitos, cualificaciones, controles previos o garantías exigidos a los operadores o a los bienes por la Autoridad de origen, aunque fueran distintos en alcance o cuantía, e incluso cuando en el lugar de la Autoridad de origen no se exigiera requisito, control, cualificación o garantía alguno. Es por ello, que la Autoridad de destino no podía exigir al operador ya establecido en el territorio

³²⁰ Novedoso en el sentido de introducirlo para todas las actividades económicas y producción de bienes. Ya regía para el sector de los servicios, por trasposición de la Directiva de Servicios, tal y como se ha expuesto en el a lo largo de este Capítulo. Por lo demás, ha habido conatos de introducción del Principio expuesto en alguna normativa sectorial, como puede ser la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, cuyo art. 27.2 dice sobre las Autorizaciones para llevar a cabo operaciones de tratamiento de residuos, que estas “serán concedidas por el órgano ambiental competente de la Comunidad Autónoma donde tengan su domicilio los solicitantes y *serán válidas para todo el territorio español*. Las Comunidades Autónomas no podrán condicionar el otorgamiento de la autorización prevista en este apartado a que el solicitante cuente con instalaciones para el tratamiento de residuos en su territorio” (cursivas propias).

³²¹ Véase como estudio, MIGUEZ MACHO, L., “La eficacia en todo el territorio nacional de los medios administrativos de intervención en las actividades económicas. En especial, las comunicaciones y declaraciones responsables”, *Estudios sobre la Ley de Garantía de la unidad de mercado*, Ed. Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2017, págs. 307 a 320.

español, el cumplimiento de nuevos requisitos u otros trámites adicionales para el acceso o establecimiento en su territorio.

b) Eficacia nacional de las actuaciones administrativas

La LGUM reconocía la plena eficacia en todo el territorio nacional de “todos los medios de intervención de las autoridades competentes que permitan el acceso a una actividad económica o su ejercicio, o acrediten el cumplimiento de ciertas calidades, cualificaciones o circunstancias” (art. 20.1). En particular, la plena eficacia se predicaba de autorizaciones, licencias, habilitaciones y cualificaciones profesionales, obtenidas para el acceso o ejercicio de una actividad o para la producción o puesta en el mercado de un bien, producto o servicio. También las declaraciones responsables y comunicaciones presentadas a una autoridad competente para el acceso o ejercicio de una actividad económica, así como cualesquiera otros requisitos, establecidos en una norma, que permitan el acceso o ejercicio de una actividad económica.

c) Prohibiciones específicas derivadas de la aplicación de la aprobación y aplicación del Principio de eficacia nacional

En el art. 18.2 LGUM aparecen –pues no todas al sido afectadas por la declaración de inconstitucionalidad- algunas prohibiciones específicas y de carácter netamente enunciativo en relación el Principio de eficacia nacional. Las disposiciones, actos o medios de intervención de las Autoridades no podían contener o aplicar, por suponer un obstáculo o barrera a la unidad de mercado y limitar las libertades de establecimiento y de circulación:

- Solicitud de obtención de una Autorización, homologación, acreditación, calificación, certificación, cualificación o reconocimiento, de presentación de una declaración responsable o comunicación o de inscripción en algún registro para el ejercicio de la actividad en el territorio de una autoridad competente distinta de la ya obtenida y solicitada, en su caso, por autoridad de origen.

Para la CNMC no cabía, pues también infringiría este Principio, el hecho de dar, por ejemplo, en una solicitud tramitada en régimen competitivo –subvención, contrato público, etc.–, más valoración a las certificaciones de calidad propias o a su propio sistema de certificación, frente a otros sistemas o certificaciones equivalentes³²².

- Requerimiento de cualificación profesional adicionales a los requeridos en el lugar de origen, tales como la necesidad de homologación, convalidación, acreditación, calificación, certificación, cualificación o reconocimiento de títulos o certificados que acrediten determinadas cualificaciones profesionales emitidos por autoridades o entidades de otras Comunidades Autónomas.

- Imponer requisitos de seguros de responsabilidad civil o garantías equivalentes o comparables en lo esencial en cuanto a su finalidad y a la cobertura que ofrezca en términos de riesgo asegurado, suma asegurada o límite de la garantía, adicionales a los establecidos en la normativa del lugar de origen, o que la obligación de que la constitución o el depósito de garantías financieras o la suscripción de un seguro deban realizarse con un prestador u organismo del territorio de la autoridad competente.

- Especificaciones técnicas para la circulación legal de un producto o para su utilización distintas a las establecidas en el lugar de fabricación.

d) Exclusiones del Principio de Eficacia nacional

El Principio de eficacia nacional se aplicaba en general a todas las actuaciones administrativas con relación al acceso o ejercicio de una actividad económica. Pero se

³²² UM/102/15. Informe de 30 de diciembre de 2015 sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 26 de la Ley de garantía de la unidad de mercado, contra el criterio de valoración de las certificaciones de calidad en las solicitudes de subvenciones para programas de formación profesional para el empleo, apartado 2.3.

contemplaban exclusiones concretas, por razones de interés general –en relación con los arts. 17.1 y 17.5 LGUM-. Este Principio no se aplicaría a:

- Autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas vinculadas a una concreta instalación o infraestructura física. Su conexión es directa con la instalación o infraestructura, con el medio físico construido, no con la actividad que en ellos se lleve a cabo. No obstante, la actividad a desarrollar juega un papel decisivo, tanto en la elección del medio de intervención como por el sometimiento de las instalaciones a un régimen de construcción concreto. Este régimen debía estar fundamentado en alguna razón imperiosa de interés general, como la protección del medio ambiente, de la legalidad y ordenación urbana, del patrimonio histórico, etc.³²³. También debía mantener un nexo causal con la instalación, no pudiendo ampararse y esconderse bajo esta excepción regulaciones que supongan límites requisitos para el acceso o ejercicio de la actividad económica como tal.

- Actos administrativos relacionados con la ocupación del dominio público o cuando el número de operadores sea limitado, por tratarse de un servicio público sometido a tarifa regulada. Este es el caso de las actividades de taxi, arrendamiento de vehículos con conductor, concesiones demaniales u oficinas de farmacia, que a modo de exclusión expresa pero ejemplificativa, se defiende el Preámbulo de la LGUM (Apartado II).

e) Constitucionalidad del Principio de Eficacia nacional

Si bien estos preceptos fueron ya declarado contrarios a la Constitución, si me gustaría hacer alguna apreciación al respecto. De forma breve, razonaremos sobre su constitucionalidad desde dos ámbitos distintos: desde el Principio territorial de la actuación administrativa y desde el punto de vista de la igualdad y la no discriminación.

³²³ ALONSO MAS, M^a. J., “La eficacia de los títulos habilitantes en todo el territorio nacional y la aplicación de la regla del lugar de origen”, en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014, pág. 348 a 359

- Principio territorial de la actuación administrativa.

Por otra parte, en cuanto su acomodo en la Constitución, el TC ya ha mencionado algunas ideas que conviene tener presente. Se centran en la extraterritorialidad de las normas y actos de las Comunidades autónomas –y por extensión de los Entes Locales-, para declarar que el Principio de eficacia nacional, según veía redactado en la LGUM, supone excepcionar el Principio de territorialidad³²⁴, y por ello lo declara contrario a la CE.

Como regla general, como dicta la premisa latina *Lex non valet extra territorium*, es decir, que las normas y actos, solo tienen efectividad dentro del territorio que corresponde al ente que los ha dictado, pues el elemento territorial es un límite a la autonomía³²⁵. Siendo esto así, también lo es que el territorio, a juicio del TC, no es un límite absoluto. El TC ha emitido jurisprudencia en torno a la extraterritorialidad de las normas y actos de las CCAA y EELL en dos líneas que han convivido hasta el momento.

³²⁴ Afirma, en la STC 79/2017, de 22 de junio, FJ 13º, “cuando de lo que se trata es de excepcionar el principio de territorialidad otorgando eficacia extraterritorial a actos ejecutivos autonómicos que aplican un derecho propio que no es equivalente al derecho adoptado en el territorio en el que se debe reconocer tal eficacia o directamente se trata de otorgar eficacia extraterritorial a disposiciones normativas autonómicas que establecen un estándar distinto al estándar que fija la normativa autonómica del lugar de destino, la ruptura del principio de territorialidad constitucionalmente consagrado y estatutariamente reconocido supone obligar a una Comunidad Autónoma a tener que aceptar dentro de su territorio una pluralidad de políticas ajenas. Aceptación que choca con la capacidad para elaborar sus propias políticas públicas en las materias de su competencia [...] y entraña la constricción de su autonomía al permitirse la aplicación en el territorio de la Comunidad Autónoma de disposiciones adoptadas por un órgano representativo en el que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma en la que finalmente se aplica no se encuentran representados”

³²⁵ Sobre el Territorio como límite a la Autonomía, MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas. Tomo I*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, págs. 192 a 199. Y sobre la territorialidad de las normas como obstáculo a la libre circulación y la evolución de la jurisprudencia por el TC, MIGUEZ MACHO, L., “La eficacia en todo el territorio nacional de los medios administrativos de intervención...”, op. cit. págs. 302 a 307. Véanse también SSTC 13/1988, de 4 de febrero FJ 2º; 40/1998, de 19 de febrero, FJ 45; 3/2014, de 16 de enero, FJ 3º.

VELASCO RICO las define como línea jurisprudencial abierta a la extraterritorialidad y línea jurisprudencial estricta con la extraterritorialidad³²⁶.

Valoremos este Principio siguiendo el esquema de criterios de constitucionalidad de la extraterritorialidad que la autora extrae de los pronunciamientos del Alto Tribunal, según lo expone VELASCO RICO³²⁷.

Así, el primero de ellos es verificar la competencia de la CCAA –o ente local- para dictar la disposición o acto. Si no lo es, es aviente que no producirá efectos ni dentro ni fuera de su territorio, pues la competencia es un requisito de validez. Si no es válida, no produce efectos.

En segundo lugar, debe valorarse la conexión o afectación sustancial de la disposición o acto con comportamientos, relaciones o fenómenos dentro de su territorio o si por el contrario, se pretende regular objetos que rebasan de su ámbito territorial y no poseen una afectación destacable sobre el mismo o no están, en absoluto, conectados con él. De hacerlo, esta regulación ha de ser incidental, prohibiendo regular o afectar de forma directa y completamente relaciones jurídicas, objetos o fenómenos producidos íntegramente en otros territorios autonómicos.

El tercer punto por destacar es la ponderación de la actuación de la Administración con los Principios a los que afecta. La aplicación territorial y extraterritorial de la disposición o ejecución del acto no puede vulnerar, por ejemplo, la Unidad de Mercado. Y la ponderación también nos debe llevar a la conclusión de que la no extraterritorialidad tampoco puede menoscabar los Principios constitucionales.

Es en virtud de estos criterios, el Principio de eficacia nacional, trataría por una parte, de impedir que la no extraterritorialidad distorsione o afecte negativamente a la unidad de mercado. Dicho esto, las CCAA y EELL deben desarrollar su actividad normativa y ejecutiva dentro de los límites expuestos. De lo contrario, la consecuencia es su

³²⁶ VELASCO RICO, C. I., “Territorialidad, extraterritorialidad e interés. Análisis comparado de los sistemas de distribución de competencias de Estados Unidos, Canadá, Austria, Alemania e Italia: lecciones para el Estado Autonómico”, *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*, núm. 2/2011 (Abril), págs. 43 y ss.; donde hace recopilación de las Sentencias del TC donde sostener cada una de las líneas jurisprudenciales.

³²⁷ Ibidem.

inconstitucionalidad. Manteniéndose dentro de los límites, no hay obstáculo para que produzcan efectos fuera del territorio al que van dirigidas –tal y como lo asume también la STC 79/2017, de 22 de junio, FJ 13º-.

En vista de lo anterior, se puede decir que el Principio de eficacia nacional es un Principio que se acomoda en la CE, pues da cobertura legal a lo asumido por la jurisprudencia y asume la extraterritorialidad en un sector concreto del derecho administrativo económico, debido a la ponderación del Principio de la unidad de mercado junto al Principio de territorialidad.

- Igualdad y discriminación.

Otra de las críticas que ha recibido este Principio, y que cuestiona su constitucionalidad, proviene del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ). En la opinión manifestada por el Pleno del CGPJ en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley de garantía de la Unidad de Mercado³²⁸, este Principio puede crear situaciones de desigualdad entre los operadores económicos que lleven a cabo su actividad en un mismo territorio³²⁹, al serles de aplicación normativa distinta.

Cierto es que a primera vista pudiera parecer que la aplicación del Principio de eficacia nacional pudiera causar esos efectos que distorsionarían el mercado, pues como escribe ALONSO MAS, parece una paradoja que la CE inste a la igualdad en el ejercicio de una actividad económica, y al mismo tiempo que se establece la diversidad normativa³³⁰. No obstante, hay que tener presentes algunas consideraciones al respecto.

En una primera línea, debemos recordar que el Principio de eficacia nacional, es a su vez, un mecanismo que garantiza la libre iniciativa económica, la cual permite a los

³²⁸ Informe del CGPJ, aprobado por el Pleno en Madrid, a 11 de abril de 2013. Ponente: Excm. Sra. Vocal D^a Margarita Robles Fernández.

³²⁹ Su razonamiento, expuesto en su Conclusión segunda, dice: “puede dar lugar a situaciones de desigualdad material entre operadores económicos que realicen una determinada actividad en un mismo territorio, pues mientras quienes se hayan establecido en un lugar de origen distinto del de destino quedarán sujetos al régimen jurídico del lugar de procedencia –que puede ser menos severo que el del lugar de destino-, mientras que para aquellos operadores para los que el lugar de origen y destino sea coincidente, necesariamente quedarán sujetos al único régimen jurídico que les es aplicable”.

³³⁰ ALONSO MAS, M^a. J., “La eficacia de los títulos habilitantes en todo el territorio...”, op. cit., pág. 332.

operadores establecerse libremente en cualquier parte del territorio nacional (arts. 16 y 19 LGUM). En consecuencia, se predica la igualdad en el acceso a la actividad económica o al acceso a la producción. La desigualdad apuntada por el CGPJ no sería entonces consecuencia de la aplicación de este Principio, sino de la libertad de elección del propio operador. La desigualdad nace de la existencia de regímenes distintos para el acceso, no de la eficacia territorial que se les otorgue.

Por otra parte, el Estado, tiene mecanismos que le permitirían paliar o eliminar esas posibles distorsiones. Si no tiene competencia exclusiva, puede ostentar competencias para la ordenación de las bases de la materia, que le permita regular sobre las razones imperiosas de interés general –que son las que se pueden alegar para la imposición de requisitos o límites-³³¹, o incluso acudir a legislación de armonización (art. 150.3 CE).

Entre estas, podemos destacar la competencia sobre las bases y coordinación de la planificación económica o la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales³³² (art. 149.1.1º y 13º CE).

³³¹ Para ALONSO MAS, M^a. J., para evitar las distorsiones el Estado debe haber establecido “con la suficiente concreción, precisión y alcance, aquellas condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho a la libertad de empresa”. En cuanto a aquellas materias en las que el desarrollo de las CCAA o EELL pueda suponer mayores restricciones que las establecidas en las bases –medio ambiente, salud o protección de los consumidores y usuarios-, ofrece dos soluciones. Por una parte, en la medida en que los pluses de protección impliquen verdaderas barreras a la unidad de mercado –por si nula justificación o por la desproporción-, deben ser eliminados. De lo contrario, puede resultar necesario que el Estado dicte “reglas suficientemente protectoras” de esos bienes jurídicos, a fin de evitar su desprotección y de “permitir la existencia de un nivel similar de cobertura en todo el territorio nacional” (“La eficacia de los títulos habilitantes en todo el territorio...”, op. cit., pág. 331 a 333)

³³² DE LA CUADRA SALCEDO JANNINI, T., *Mercado nacional único y Constitución*, Ed. CEPC, Madrid, 2008, págs. 108 a 200. Sobre la relación entre estas dos competencias, ver pág. 149 y ss. Y en general, sobre el art. 149.1.1º CE, BETANCOR RODRIGUEZ, A., “Las perplejidades y contradicciones de la doctrina constitucional sobre el título competencial relativo a las regulaciones de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles”, *Revista Diálogos Jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, núm. 5/2020, págs. 137 a 152.

A ellas también hace alusión la STC 79/2017, de 22 de junio, FJ 13º, donde se afirma que “Ciertamente, los títulos competenciales reconocidos en los artículos 149.1.13 y 149.1.18 CE habilitan al Estado para

Por otra parte, tal y como ya indicamos, el sistema de cooperación juega un papel importante la prevención de estos problemas. La CNMC reconoce que la disparidad normativa, dentro de los límites vistos, es propia del reparto de competencias existente en España. A su juicio, esa disparidad y la falta de homogeneización no son contrarios a los Principios de la LGUM. Es por ello que con el fin de que ello no derive en actuaciones públicas contrarias a la Unidad de Mercado, se hace uso del sistema de cooperación articulado³³³.

coordinar las normativas y las actuaciones administrativas territoriales autonómicas mediante el establecimiento de un mecanismo como es el de reconocimiento de eficacia de las actuaciones autonómicas en el resto del territorio nacional. Tal mecanismo no es sino una manifestación específica del principio de coordinación. Sin embargo, la competencia del Estado para regular el reconocimiento mutuo y para otorgar eficacia supraterritorial a ciertas normas y actos administrativos autonómicos, solo es constitucionalmente admisible si se respeta un presupuesto: la equivalencia en la protección del legítimo objetivo pretendido por parte de las normas y actos del lugar de origen y los del lugar de destino”.

³³³ Esta es igualmente la posición de la CNMC, como puede verse en: UM/046/14 - Informe de 15 de octubre 2014 sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, en relación con la dispersión normativa existente en materia de Autorización Ambiental Integrada que afecta a la industria automovilística española; UM/047/14 - Informe de 3 de noviembre de 2014 sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, en relación con la falta de aplicabilidad del registro de licitadores y otra problemática asociada a la contratación pública de vehículos en régimen de “renting”; UM/049/14 - informe de 23 de octubre de 2014 sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, en relación con la dispersión normativa existente en las reclamaciones de consumidores y usuarios en materia de mediación de seguros; UM/050/14- Informe de 17 de octubre de 2014 sobre reclamación presentada, al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, en relación con los carteles que anuncian la prohibición de fumar.

Si acaso se pretende la uniformización de la normativa en nuestro Estado, esta se llevaría a cabo a través de los Principios de necesidad y de proporcionalidad, pues si bien las razones imperiosas e interés general pueden diferir en función del territorio, la acotación de las misma en la LGUM y la aplicación de la proporcionalidad –lo cual no vulnera las competencias autonómicas y locales-, pueden llevar a que la mayoría de las Administraciones terminen exigiendo los mismos requisitos y aplicando las misma medidas de intervención.

Esto enlaza con la aseveración de algún autor, afirmando que este Principio generaliza el *dumping* normativo o regulatorio³³⁴ y también el fenómeno que se ha venido a llamar *race to the bottom* o carrera regulatoria a la baja en cuanto a exigencias³³⁵. Es evidente que el fenómeno de elección del lugar de establecimiento forma parte sistema encuadrado en la LGUM –lo cual no es malo en sí mismo-, y que este fenómeno puede llevar a que la normativa sea más laxa con el fin de atraer inversiones. Pero también lo es que los operadores se movilizan por múltiples y variadas razones, y no solo exclusivamente por someterse a una normativa menos restrictiva. La carrera regulatoria se ve cada vez más difuminada por imperativo del Principio de necesidad y de proporcionalidad, que tendera a ser más baja en cuanto a exigencias por la propia configuración completa de la Unidad de Mercado en la LGUM, pues la premisa es que la libertad es previa, y solo puede someterse a restricciones, incluso territoriales, cuando con ello se pretenda la salvaguarda de algún otro principio o bien constitucionalmente protegido³³⁶.

³³⁴ Entre otros, TORNOS MAS, J., “La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la Unidad de Mercado...”, op. cit., págs. 159 a 169.

³³⁵ Así lo ha expresado en Consejo Económico y Social, en su Dictamen 5/2013, de 18 de abril, sobre el Ante proyecto de la Ley de garantía de la unidad de mercado, en el párrafo 6º de sus observaciones generales. No obstante, me inclino más hacia el razonamiento de ROSINO CALLE, R. C., que viene a decir que la cuestión no es el grado de liberalización pretendida por el legislador estatal –que, a mi juicio, mientras no contravenga la CE, forma parte del juego político, de sus mayorías y de su pensamiento político- sino que se trata de una cuestión competencial, de si la cobertura competencial que ofrece el catálogo del art. 149 CE es suficiente (“Los Dictámenes del Consejo de Estado y del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional- UNED*, núm. 34/2014, págs. 627 a 638, en concreto pág. 636.

³³⁶ LÓPEZ GONÁLEZ, J. I., *El Principio general de proporcionalidad...*, págs. 146 y 147.

4.7 Principio de simplificación de cargas.

La simplificación de las cargas administrativas a los operadores económicos es una preocupación que ha gestado diferentes normas, previas a la LGUM³³⁷, y especialmente tras la trasposición de la Directiva de Servicios. Dentro de este término, se encuadran muchas conductas: simplificación de procedimientos, por ejemplo, por reducción de plazos de resolución o por invertir a positivo el sentido del silencio administrativo, reducción o eliminación de cargas, utilización de medios electrónicos, etc. Incluso, podemos añadir que no solo se trata de simplificar las cargas, sino que en otros casos, lo que en realidad ocurre es que se invierte la carga, pasando del operador económico a la propia administración actuante –simplificando solamente desde la posición del operador económico-³³⁸.

Este Principio se recoge en el art. 7 LGUM previene de dos resultados que pueden generar la intervención administrativa, a saber, que no se genera un exceso de regulación –por si misma o por suponer duplicidades-, y que en el caso de intervenir varias autoridades, esto no implique mayores cargas para el operador que las que las que generaría la intervención de una única autoridad.

No se trata de un Principio que desarrolle como tal, la propia LGUM, más allá de alguna cuestión puntual; pero si existe un desarrollo por medio de su relación con los Principios,

³³⁷ Así, por todas, el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, cambia el sentido del silencio administrativo, de negativo a positivo, en más de una centena procedimientos con trascendencia económica (art. 8). También permitiendo la presentación, por parte de los ciudadanos, en los registros de cualquier órgano administrativo de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales, sin necesidad del oportuno convenio, modificando aso el régimen anterior, en que la presentación se debía hacer en los órganos administrativos a los que se dirigiera, o a otros, siempre que hubiese convenio de colaboración.

³³⁸ Así lo observa la CNMC, entre otros, UM/058/14 - Informe de 28 de octubre de 2014 sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en relación con la obtención de la condición de instalador de líneas de alta tensión.

ya vistos, de necesidad, proporcionalidad y eficacia nacional, que suponen en sí mismos, medidas propias de la simplificación de cargas.

En cuanto a la LGUM, debemos confirmar el efecto radiante que este Principio posee sobre la normativa –entendido como leyes³³⁹ y disposiciones de carácter general- que regulen las funciones o la actuación de las autoridades competentes, la cual debe garantizar el principio de simplificación de cargas (art. 14.3 LGUM)³⁴⁰.

Además, como medida de minimización de cargas, se establece que las Autoridades competentes, en caso de instaurarse un medio de intervención, elegirán un único medio para cada actividad –aplicando, para su instauración y elección, los Principios de necesidad y proporcionalidad-.

³³⁹ Hay que recordar que las leyes no están sometidas al Procedimiento de garantía de la Unidad de Mercado del art. 127 LJCA, por lo que en caso de no contemplar el principio enunciado, si acaso habría que ver su posible impugnación al Tribunal Constitucional, por vulneración de los Principios que rigen a la Administración o por constituir obstáculos o barreras a la libre circulación y establecimiento.

³⁴⁰ Para ALONSO MAS, M^a. J., la simplificación de cargas “al conectar con la *Better regulation* (mejor regulación, traducción propia), tiene su reflejo en el art. 14. Este precepto regula la denominada cooperación en la evaluación de proyectos normativos”. En parte, esta evaluación va dirigida a que las normas que se elaboren garanticen el Principio de simplificación de cargas. Especial referencia hace al art. 14.4 LGUM, sobre la proyección del principio de simplificación de cargas en relación a los proyectos de modificación de normas que regulan los medios de intervención. Estos proyectos deben evitar las duplicidades, y asegurarse que el procedimiento no genere costes adicionales para el operador en comparación con la intervención de la única administración. No obstante, y como bien recuerda la autora, este punto del art. 14 se “desenvuelve en el plano de los proyectos normativos; no constituye un mandato inmediato a las Administraciones Públicas cuando dictan resoluciones administrativas, sino a los autores de las normas”. En mi opinión, esto hace que concretamente el art. 14.4 LGUM no forme parte del desarrollo del Principio de simplificación de cargas, pues el proyecto de norma, aun no es norma, y en consecuencia no afecta a los operadores económicos, que es sobre los que gira la simplificación de cargas en la LGUM. Si lo sería en su caso, del Principio de cooperación, pues el supuesto del art. 14.4 LGUM es un supuesto de concurrencia, en este caso vertical, de las Administraciones (“El Principio de simplificación de cargas” en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014, págs. 147 a 149).

Sobre el efecto de la Mejor Regulación en la economía, puede leerse a BALMASEDA DEL CAMPO, M., y MELGUIZO ESTESO, Á., “Mejor regulación: ni más, ni menos”, en *Marco regulatorio y unidad de mercado. Libro marrón*, Ed. Círculo de empresarios, Madrid, 2006, págs. 15 a 38.

Otra de las medidas, esta vez concreta, de simplificación de cargas, es el aumento de ámbito de aplicación de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios. Esta Ley limita la exigencia de los controles *ex ante* para el acceso y ejercicio de actividades comerciales minoristas y a la prestación de determinados servicios realizados a través de establecimientos permanentes, introduciendo como regla general el control *ex post*. Ahora, ese régimen se extiende a los locales de hasta 750 metros cuadrados, frente a los 300 anteriores a la reforma que opera la DF Tercera de la LGUM³⁴¹.

La CNMC ha entendido este Principio como complementario a otros, nunca aisladamente. Así, ha interpretado que no tener en cuenta el Principio de simplificación de cargas, por ejemplo, solicitando al operador, y no a la Administración correspondiente, documentación ya aportada a la Autoridad de origen –aunque solamente sea a efectos de comprobación de un acceso y ejercicio legítimo- puede suponer limitar la aplicación del Principio de eficacia nacional y de Confianza mutua³⁴².

Por último, hay que decir, que llevando a término estas concretas medidas no se agota la simplificación administrativa. Se trata de un Principio, que concretará su aplicación en cada caso, pero como Principio debe subyacer todas las decisiones administrativas, relacionadas con las actividades económicas.

³⁴¹ Esa misma DF Tercera, otorga a las CCAA incluso la capacidad, ya no solo se aumentan los metros cuadrados de los locales sobre los que no se exigirá licencia o autorización o ampliar el catálogo de actividades comerciales y de servicios sobre los que se aplica el régimen de control *ex post*, sino que permite establecer regulaciones con “menor intervención administrativa”.

³⁴² UM/009/14. Informe de 21 de mayo de 2014 sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, contra la verificación de requisitos para la actuación como Organismo de control en materia de ascensores en la Comunidad de Madrid, apartado II.2.2.

4.8 Principio de Transparencia

La transparencia en las actuaciones de los poderes públicos es una exigencia ineludible de un estado democrático³⁴³. Esta, además de facilitar a los ciudadanos la información sobre las actuaciones y disposiciones de las Administraciones públicas, permite, en nuestro caso, mejorar la aplicación de la LGUM y detectar de forma temprana los obstáculos a la Unidad de Mercado que puedan existir o generarse, pues la transparencia también actúa entre autoridades competentes, y no solo ante los operadores económicos.

La LGUM obliga especialmente a la transparencia y al fácil acceso de determinadas disposiciones e instrumentos de intervención administrativa, recopilados en el art. 9.2 LGUM, que son las siguientes:

- Las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella.

La cuestión que nos surge en este punto se debe a la utilización del término “incidan”. El significado que da la RAE³⁴⁴ es la de: “repercutir; causar efecto una cosa en otra”, por lo que puede englobar todas las Disposiciones que incidan, aunque sea de forma mínima o incluso tangencial, en una determinada actividad económica. El objetivo de la norma es que cualquier operador economía, o quien pretenda llegar a serlo, pueda tener un conocimiento completo de las disposiciones que regulan la actividad que busca ejercer, por lo que, en mi opinión, se encuentran todas las disposiciones de carácter general que incidan, por pequeña que sea la incidencia, en actividades económica.

³⁴³ Nace del art. 105 CE, que reconoce, como dice BUISÁN GARCÍA, N., “Transparencia y acceso a la información como garantía de la Unidad de Mercado” en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014, págs. 158 a 160, “un derecho subjetivo a acceder a documentos y contenido que obren el poder de las Administraciones en sentido amplio y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”.

³⁴⁴ Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española (DRAE), en línea, 2016, <https://www.del.rae.es/?id=LEG2wmx|LEJmCRk> (Visto el 27 de enero de 2021)

Estas disposiciones ya son objeto de publicación en los diarios oficiales. Además, esta labor se facilita con las obligaciones de información y mecanismos de colaboración y cooperación que ya hemos tenido ocasión de ver *supra*.

- Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento, los exigibles para el ejercicio de las actividades económicas, para la producción o distribución de bienes o para la prestación de servicios y aquellas materias que versen sobre el ejercicio de la potestad sancionadora o autorizadora en materia económica.
- La documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos.
- Los actos dictados en aplicación de las disposiciones, requisitos y condiciones mencionados en los apartados anteriores, así como los procedimientos asociados a los mismos.
- Los estándares de calidad y los actos que acrediten su cumplimiento emanados de normas o de consejos reguladores.

Esta recopilación no es cerrada. La letra f del art. 9.2 LGUM indicando que se somete al régimen de transparencia “Cualesquiera otros actos, resoluciones y procedimientos administrativos que afecten a los operadores económicos”, dejando claro que el compendio citado es la relación de *numerus apertus*.

Este Principio instrumental no se regula en la LGUM, más allá de su inclusión en la Ley y de lo poco que acabamos de mencionar. Esto se debe a la llamada que el art. 8 LGUM a la Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante LTAIPBG), que será la que marque las pautas de transparencia y acceso a la información pública que han de regir para la Unidad de Mercado. Veamos las pautas más relevantes para la Unidad de Mercado:

- Obligación de publicación de la información mencionada por medios electrónicos, bien en las páginas web o en sedes electrónicas de la autoridad competente. La publicación de hacerse de forma clara y entendible, y el acceso ha de ser fácil y gratuito (art. 5.4 LTAIPBG y art. 8 LGUM).

- Obligación de facilitar la información, en nuestro caso del art. 9.2 LGUM, a quien lo solicite, pues se reconoce el derecho de acceso a la misma (art. 12 LTAIPBG).
- Si se tratara de una información que obre en la Administración General de Estado, y se encuentra entre las de mayor solicitud, se publicarán, además en el Portal de la Transparencia (art. 10.2 LTAIPBG)

Dicho lo cual, el Principio de transparencia requiere para su efectiva implantación, la aplicación de otras normas. Algunas de ella, avaladas por la propia LTAIPBG (art. 5.2), como son las Leyes de transparencia y similares que se han aprobado en algunas de las Comunidades Autónomas, que complementan, en aquellos territorios, la normativa sobre transparencia.

Pero existe también normativa estatal. Es el caso de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Esta Ley contempla la exigencia de una Plataforma en línea o web, que pasa a denominarse Plataforma de Contratación del Sector Público (art. 347 LCSP y DA 3º LGUM). En esta Plataforma se debe publicar tanto la convocatoria de la licitación como el resultado de la misma. Dentro de esta licitación, se publican los pliegos y cláusulas de los contratos, cumpliendo así la exigencia del art. 9.2 LGUM.

En otro orden de cosas y dado que se trata de un Principio instrumental, como el de cooperación, cabe volver a preguntarse si este es un Principio cuya vulneración se puede alegar en el procedimiento de garantía de la Unidad de Mercado.

Por una parte, hemos de decir que, la obligación de la Autoridad competente, según lo dispuesto en el art. 8 LGUM, es la de asegurarse del cumplimiento de la LTAIPBG. No se especifica que deban asegurarse del cumplimiento del resto de la normativa mencionada. Pero eso no quiere decir que no se deba cumplir con una obligación similar, impuesta por la normativa territorial o sectorial, a los mismos sujetos como autoridades.

En todo caso, la LTAIPBG, nos ofrece un procedimiento concreto para reclamar su cumplimiento (arts. 23 y 24). Se trata de un procedimiento administrativo y en el que se acortan los plazos y se simplifica el procedimiento –no requiere motivación³⁴⁵.

No obstante, hemos de añadir, que no cumplir con el Principio de transparencia puede vulnerar por sí solo la unidad de mercado, pues el desconocimiento que se genera al operador económico en su incumplimiento, puede llegar a coartar las libertades de circulación y de establecimiento³⁴⁶. Teniendo esto en cuenta, podemos afirmar, que la infracción del Principio de Transparencia puede ser alegable en el Procedimiento de garantía de la unidad de mercado, siempre que se pueda establecer la relación de causalidad entre esa infracción y la libertad de circulación y de establecimiento. Además, teniendo en cuenta la legalidad, solo se podría acudir a este procedimiento en caso de incumplimiento de las previsiones en relación con la unidad de mercado de la LTAIPBG, no del resto de normativa, aun cuando el efecto sea el mismo.

³⁴⁵ Para un breve análisis de este nuevo procedimiento, véase SÁNCHEZ MORÓN, M., “Nuevas garantías de Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194/2014 (mayo-agosto), págs. 275-316.

³⁴⁶ Los operadores económicos se encuentran legitimados a ejercer este derecho de información, pues también son destinatarios de la norma, incluso si el operador tiene forma jurídica societaria, como ha reconocido la jurisprudencia y que nos recuerda BUISÁN GARCÍA, N., “Transparencia y acceso a la información como garantía...”, *op. cit.*, págs. 157 y 158.

CAPÍTULO IV

El papel de la CNMC en el procedimiento judicial de garantía de la Unidad de Mercado. *El objeto formal del proceso*

1. INTRODUCCIÓN

En esta sección analizaremos el objeto del proceso jurisdiccional y para la garantía de la unidad de mercado, desde el punto de vista formal. Si bien en la anterior sección tuvimos la oportunidad de ver el objeto material, hacer la delimitación de los instrumentos administrativos contra los que se puede accionar los procesos de garantía de la unidad de mercado es importante, pues la CNMC no solo debe saber cuándo se entienden vulneradas las libertades de circulación y de establecimiento, sino también debe conocer **sobre qué** actuación administrativa opera.

Y sobre esta materia, recordemos que el objeto del proceso contencioso – administrativo no ha estado alejado de la discusión doctrinal. Son dos los sistemas en liza: el sistema objetivo de justicia contencioso – administrativa y el sistema subjetivo de justicia contencioso - administrativa. La discusión se centra, fundamentalmente, en cuál es el verdadero objeto del proceso contencioso – administrativo: la actividad impugnada por adolecer de ilegalidad, en el sistema objetivo, o las pretensiones de las partes, en el sistema subjetivo. Además, podemos identificar el sistema ante el que estamos, analizando la legitimación en el proceso y la función del proceso.

1.1 Función del proceso.

Como decía, por una parte tenemos el sistema objetivo, cuya principal función es la de revisión de la legalidad de los actos administrativos, tal que se tratara el Tribunal de un órgano de control. De esta afirmación se pueden sacar dos conclusiones. En primer lugar, cabe destacar que el sistema objetivo exige un acto administrativo – actuación en sentido amplio-, y un recurso administrativo donde la Administración se pronuncie sobre las pretensiones del recurrente. En segundo lugar, el recurrente no

sería parte del proceso, si no un mero impulsor del mismo³⁴⁷. No se contraponen los derechos e intereses del recurrente frente al acto, sino el acto frente a su propia legalidad. No se analiza si el acto vulnera o interfiere de alguna manera los derechos o intereses legítimos que le asisten al recurrente, si no si el acto se ajusta o no al ordenamiento del que trae causa³⁴⁸.

Por otra parte tenemos el sistema subjetivo, cuya función es la de tutelar los derechos e intereses de los ciudadanos frente a la actuación administrativa que los vulnere. En este sistema, las pretensiones de las partes son el objeto principal del proceso, y no el acto administrativo, como ocurre en el sistema objetivo³⁴⁹, que se reduce a ser un requisito de admisibilidad³⁵⁰.

Parece que la LJCA, opta por el sistema subjetivo, donde el objeto del proceso lo forman las pretensiones que se deduzcan por las partes. Se desprende tal afirmación del art. 1.1 LJCA del art 19.1 c) y de la Exposición de Motivos. Pero ¿es así en el proceso especial del art. 127 bis LJCA, de garantía de la unidad de mercado? Para hacer un juicio de valor completo, precisamos de conocer el otro de los parámetros utilizados en la doctrina.

1.2 Legitimación en el proceso

Algunos autores aducen la elección del sistema de justicia administrativa en orden a la regulación de la legitimación en el proceso, es decir, que se exija al

³⁴⁷ TORNOS MAS, J., "La nueva acción frente a la inactividad de la Administración del art. 29 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa de 1988". Especial referencia a su ámbito objetivo" en *La Justicia administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta* (Coord. MONTORO CHINER, M. J.), Ed. Altier, Barcelona, 2003, págs. 431 y 432.

³⁴⁸ Una de las máximas manifestaciones del principio revisor, lo encontramos en la medida de retroacción de las actuaciones al momento en el que se entiende acaecido en vicio de ilegalidad.

³⁴⁹ Para ver una evolución del proceso al acto como sistema objetivo, -por considerarse al acto como paradigma de la actuación administrativa- al sistema subjetivo, superado el acto como paradigma de la actividad de la Administración al término "actuaciones" o "actividad", así como un análisis del actual modelo en la LJCA, véase GARCÍA PÉREZ, M., *El objeto del proceso Contencioso - Administrativo*. Ed. Aranzadi, Pamplona-Navarra, 1999.

³⁵⁰ Así, véase GARCÍA PÉREZ, M., *El objeto del proceso...*, op. cit., págs. 39 a 55.

demandante interés legítimo en el asunto o un derecho subjetivo que se considere vulnerado, o bien no exigir más que un interés en la legalidad administrativa³⁵¹.

De esta forma, cuando la norma exija un interés legítimo o un derecho subjetivo como requisito de legitimación para accionar el proceso y ser parte en el mismo, se entiende que se opta por el sistema subjetivo, centrando en pleito en las pretensiones solicitadas por la parte activa. Si por el contrario no se exige más que un interés en legalidad administrativa, nos encontraremos ante un sistema objetivo, donde lo que importa es la actuación administrativa y su acomodo en la ley. El conflicto no se centrará en las pretensiones más allá de las propias de este sistema, sino en la legalidad del acto y su depuración del ordenamiento.

1.3 Sistema de justicia administrativa en el procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado

En el caso de la unidad de mercado y del proceso judicial especial para su garantía, si atendemos al criterio de legitimación, podemos decir que se trata de un procedimiento revisor, que atiende a un sistema objetivo de justicia administrativa. Solo se legitima para iniciar el proceso, para interponer el recurso contencioso – administrativo, a la CNMC como organismo público. Esta vela por la legalidad, en este caso administrativa, y por el interés general, sin ostentar un derecho concreto o un interés legítimo, más allá del expuesto³⁵².

Por si este argumento no fuera suficiente, la propia LICA y la LGUM vetan a los particulares, a los operadores económicos, a quienes en definitiva sufren la vulneración de sus derechos, la posibilidad de iniciar el procedimiento -de solicitar inicialmente la tutela judicial- y limitan su participación en el procedimiento como parte activa. Solo se

³⁵¹ HUERGO LORA, A., *Las Pretensiones de Condena en el Contencioso – Administrativo*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000, págs. 33 a 35.

³⁵² FERNANDO PABLO, M. M., “El contencioso-administrativo de la unidad de mercado: ¿una jurisdicción contencioso-objetiva? en *Estudios sobre la Ley de Garantía de la unidad de mercado*, Ed. Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2017, págs. 556 a 560.

les concede la posibilidad de instar a la CNMC a que interponga el recurso contencioso especial y a personarse posteriormente en el proceso.

Atendiendo, por otra parte a la función del proceso, llegamos a la misma conclusión. La función de este proceso es valorar la legalidad de la actuación administrativa y depurar el ordenamiento de aquella que sea contraria a la unidad de mercado, tutelando ciertamente, las libertades de establecimiento y de circulación, pero como derechos genéricos de los operadores, como parámetros de legalidad, como una cuestión de interés general, no como derechos o intereses individualizados materializados en determinados sujetos de derecho.

Este proceso se enmarca dentro de la LJCA, entre los procesos especiales. Esto quiere decir, que la cuestión litigiosa no es la conformidad de la actividad de la Administración al Derecho, sino la conformidad de la misma a un sector concreto, o especial del Derecho. En nuestro caso, ese sector es la unidad de mercado. Por lo tanto, la vuelta a un Sistema objetivo no podría considerarse a mi juicio, contrario a las previsiones constitucionales, pues las pretensiones individualizadas de los operadores no desaparecen. Estos, bien pueden postergarla a su conocimiento en un procedimiento ordinario, o bien personarse y sumarse al procedimiento especial abierto con la interposición del recurso de la CNMC convirtiéndolo a estos efectos, en un procedimiento del sistema subjetivo.

Conviene de todas formas, que analicemos, si bien de forma breve, tanto la actividad impugnada o *causa petita*, como las pretensiones posibles o *petitum*.

2. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IMPUGNABLE U OBJETO FORMAL

La actividad administrativa impugnada³⁵³ en relación con la unidad de mercado es la que se enumera en el art. 127.1 bis LJCA para el proceso contencioso - administrativo, es decir, “disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho procedente de

³⁵³ Para un análisis general de la actividad administrativa impugnada, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-R., *Curso de Derecho Administrativo, Vol. II*, Ed. Thomson – Civitas, Pamplona (Navarra), 2008, págs. 641-642.

cualquier administración pública" contraria a la libertad de establecimiento o de circulación recogidas en la LGUM. Veámoslas una a una.

2.1 Disposiciones.³⁵⁴

La actividad normativa de la Administración es una actividad impugnabile³⁵⁵. Se reconocen dos formas distintas de impugnación, compatibles entre sí:

- a) Directa – se trata de la impugnación de la disposición o parte de ella como tal, sin necesidad de un acto de aplicación³⁵⁶.
- b) Indirecta – recogida en el art. 26 LJCA. Se pretende la impugnación de la disposición a través de sus actos concretos de aplicación.

Este supuesto, puede requerir de la intervención de dos órganos jurisdiccionales diferentes, pues el competente para conocer el recurso contra el acto producido al amparo de la disposición discutida puede no ser competente para declarar ilegal la disposición impugnada. En ese caso, el art. 27 LJCA impone la necesidad

³⁵⁴ Por Disposición debemos entender disposición general. Para profundizar sobre las diferencias entre Acto y Disposición, véase el análisis del desarrollo jurisprudencial que hacen RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y SENDÍN, M. Á., *Derecho Administrativo español. Tomo II*, Ed. Netbiblo, A Coruña, 2008, págs. 11 a 13. También puede verse MEILÁN GIL, J.L. "La distinción acto-norma" en *Norma y acto administrativos*, Ed. Iustel, Madrid, 2018, págs. 17 a 148

³⁵⁵ Para un análisis de los recursos contra disposiciones, GARCÍA PÉREZ, M., "El régimen jurídico de las normas y los actos administrativos", en *Norma y acto administrativos*, Ed. Iustel, Madrid, 2018, págs. 337 y ss.

³⁵⁶ Este tipo de impugnación directa no ha existido siempre en nuestro ordenamiento. Las Disposiciones de carácter general, solo estaban sometidas a su impugnación a través del ataque a sus actos concretos de aplicación (recurso indirecto), hasta la Ley sobre la Jurisdicción Contencioso – Administrativa de 27 de diciembre de 1956, que introdujo, en su art. 39 la posibilidad de atacar la legalidad de los Reglamentos directamente. No obstante, esta opción se constitucionalizó por primera vez por medio del art. 101 de la Constitución de 1931, si bien no hubo desarrollo legislativo del mismo. Ya en periodo más cercano de reintrodujo a nivel constitucional por medio del art. 106.1 CE. GARRIDO FALLA, F. "La impugnación de disposiciones de carácter general", en *Jornadas de estudio sobre la jurisdicción contencioso-administrativa (A Coruña, 1997)*, Ed. Universidad de A Coruña, 1998, págs. 81-94. <http://hdl.handle.net/2183/9673>.

de que el órgano que enjuicia el acto, plantee una “*cuestión de ilegalidad*” ante el órgano competente para el enjuiciamiento de la disposición³⁵⁷.

¿Ocurre lo mismo en nuestro caso? La dicción legal no deja claro este punto. El art. 11.1 h) LJCA³⁵⁸ atribuye la competencia para el conocimiento y enjuiciamiento de los recursos interpuestos por CNMC en defensa de la unidad de mercado –lo que incluye de los recursos contra Disposiciones- a la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Audiencia Nacional. Esta Sala, a su vez, conoce los Recursos que se deduzcan en relación a las disposiciones generales de los Ministros y Secretarios de Estado³⁵⁹. El resto de Disposiciones, son enjuiciadas por otros órganos judiciales, como los Juzgados de lo C-A³⁶⁰, los Juzgados Centrales de lo C-A³⁶¹, los Tribunales Superiores de Justicia³⁶² o el Tribunal Supremo³⁶³.

³⁵⁷ La “*cuestión de ilegalidad*” en el proceso contencioso – administrativo, debe seguir el procedimiento marcado en los arts. 123 y ss. LJCA

³⁵⁸ Tras la modificación operada por la Disposición Final Primera de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la Unidad de Mercado.

³⁵⁹ En materia de personal, solamente “cuando se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera” (art. 11.1 a) LJCA).

³⁶⁰ Los Juzgados de los C-A conocen de los recursos contra disposiciones de la Administración periférica del Estado y de las comunidades autónomas (art. 8.3 LJCA).

³⁶¹ Los Juzgados Centrales de lo C-A conocen de los recursos contra disposiciones generales emanadas de los organismos públicos con personalidad jurídica propia y entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional (art. 9.1 LJCA).

³⁶² Los TSJ conocen de los recursos que se deduzcan en relación a Las disposiciones generales emanadas de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales, disposiciones de los órganos de gobierno de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en materia de personal, administración y gestión patrimonial y disposiciones de las Juntas Electorales Provinciales y de Comunidades Autónomas (art. 10.1 LJCA).

³⁶³ La Sala de lo C-A del Tribunal Supremo conoce de los recursos contra disposiciones del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno, disposiciones del CGPJ, disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial adoptados por los órganos competentes del Congreso

En consecuencia parece, como decíamos al principio, haber diversos órganos que pudieran tener competencias en materia de unidad de mercado, unos para el enjuiciamiento de la Disposición recurrida, otros para de los actos en aplicación de la Disposición.

La reforma de la LJCA por la LGUM parece dar un halo de Tribunal especializado a en materia de unidad de mercado a la Audiencia Nacional, que podría acabar con la dualidad de órganos jurisdiccionales en esta materia concreta (art. 13. c) LJCA). Pero, sin prejuzgar los beneficios de tal medida³⁶⁴, lo cierto es que no es así³⁶⁵. La competencia para el conocimiento del asunto por parte de un Juzgado o Tribunal de lo contencioso-administrativo, vendrá determinada en función del órgano administrativo cuya actuación se impugne. Solamente coincidirán el órgano encargado de resolver el recurso y el encargado de resolver la “*Cuestión de ilegalidad*” en la Audiencia Nacional, en tres supuestos:

de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo y disposiciones de la Junta Electoral Central (art. 19 LJCA).

³⁶⁴ Algunos de estos beneficios, además de los expuestos, ya han sido apuntados por SANTAMARÍA PASTOR, J. A., en “El contencioso de la Unidad de Mercado”, en *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentarios a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014, págs. 950 y 951. Entre los problemas que apunta, es la posible falta de unidad de criterio, al permitir la coexistencia del recurso especial, cuya competencia se atribuye a la Audiencia Nacional, y los recursos ordinarios, cuya competencia se atribuye en base al órgano que actúe. Este hecho puede dar lugar, como apunta el autor, a sentencias contradictorias. Si bien es cierto que la propia regulación del procedimiento intenta establecer cautelas al respecto (por ejemplo, art. 127 ter. 8), también lo es que no deja de existir el riesgo y la conflictividad apuntados.

³⁶⁵ Cuestión sobre la que se pronuncia la STS 921/2018, de 4 de junio (RC 438/2017), en su FD 2º, en cual manifiesta que la atribución de los recursos especial para la garantía de la unidad de mercado a la Audiencia Nacional en “genérica” y “hay que interpretarla en conjunción con los preceptos ya examinados, y entenderla sin perjuicio de la competencia que corresponde a esta Sala del Tribunal Supremo para el conocimiento de la impugnación de las disposiciones administrativas emanadas del Consejo de Ministros [...] también por medio del recuso en garantía de la unidad de mercado”. En la misma línea SAN 334/2018, de 8 de junio, (RO 9/2017), FD 2º.

1. Cuando el recurso sea plantado por la CNMC, a través del recurso especial de garantía de la unidad de mercado, pues este procedimiento permite la impugnación tanto de actos como de disposiciones, con independencia del órgano que los dicte.
2. Cuando la Audiencia Nacional, tenga atribuida, dentro de un proceso ordinario la competencia para conocer de la impugnación del acto y de la impugnación de la Disposición.
3. Cuando la Audiencia Nacional haga uso, una vez la CNMC interponga El recurso especial de garantía de la unidad de mercado, de la *vis atractiva* contemplada en el art. 127 ter LJCA, apartado 8, que le permite acumular y conocer “todo procedimiento que, iniciado por un operador económico ante el mismo u otro órgano jurisdiccional, se dirija frete a la misma disposición o actuación y se funde en la vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación”.

En similar clave, debemos encuadrar los llamados Reglamentos de desarrollo. Son parte del objeto formal que ahora estudiamos. No obstante, cuando la manifestación de la vulneración de las Libertades que engloban la unidad de mercado por parte de una Disposición de este tipo traiga causa de la regulación legal, la CNMC, como parte activa del proceso, puede solicitar el planteamiento de una “Cuestión de inconstitucionalidad” ante el Tribunal Constitucional³⁶⁶, si bien puede juzgar su acomodo a la LGUM del acto.

Hay que añadir que en torno al término disposición se engloba otra actividad impugnabile. El art. 1.1 LJCA reconoce como actividad impugnabile los “*Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación*”. No obstante, esta afirmación no ha estado libre de discusión doctrinal en las últimas décadas.

³⁶⁶ En los términos del art. 163 CE y arts. 29, 30, 35 a 37 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. En este sentido, la CNMC solo puede solicitar el planteamiento de la cuestión, pues en su caso, su legitimación como garante de la Unidad de Mercado no afecta a los recursos contra las normas con rango de Ley ni a los procesos de constitucionalidad de los que conoce el TC, aun si se tratara de disposiciones normativas.

Dos han sido las posturas enfrentadas³⁶⁷. Por una parte, había quienes consideraban que, el Decreto Legislativo, tratándose de legislación delegada, solo podía ser sometido a control por medio del Tribunal Constitucional, encargado principal del enjuiciamiento de constitucionalidad de las normas con rango de ley. En el lado opuesto, quienes entendiendo que si bien el Decreto Legislativo es legislación delegada, y por tanto con rango de ley, solo es así cuando el mismo se somete a los límites de la delegación. De lo contrario, incurre en *ultra vires*. En consecuencia, lo dictado por el Gobierno, que sale de los límites de la delegación, no deja de tener rango reglamentario, sometido en su caso al control de legalidad por los tribunales ordinarios. En este supuesto, se asemeja al caso de las disposiciones de carácter general, pudiendo impugnarse directamente por la CNMC.

Finalmente, y teniendo en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la cuestión, el legislador ha asumido la postura del control ordinario del *ultra vires* en la legislación delegada. Por lo tanto, la CNMC estaría legitimada para su impugnación por el procedimiento del art. 127 bis LJCA.

2.2 Actos administrativos.

Tradicionalmente, el proceso contencioso – administrativo en España, se configuró bajo una perspectiva objetivista³⁶⁸. Así lo sancionaba la Ley de Jurisdicción contencioso – administrativo de 1956, tanto en su articulado como en la propia Exposición de Motivos³⁶⁹. Con ello, se continuaba con el “proceso al acto”. De esta forma, la única

³⁶⁷ Expuestas por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-R., Curso de Derecho Administrativo. Vol. I., Ed. Civitas, Madrid, 2004, págs. 262 a 269, quien además hace un breve repaso por la jurisprudencial del TS y del TC. También GARRIDO FALLA, F. “La impugnación de disposiciones...”, op. cit., págs. 83 a 94.

³⁶⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La pretensión procesal administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 12/1953, págs. 77 a 128.

³⁶⁹ Esta es un poco confusa, pues si bien recoge que ante la jurisdicción contencioso-administrativa, “se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la parte actora” estas se deben circunscribir “a razón del acto administrativo”, confiesa inmediatamente después que la misma “es revisora”.

actividad impugnabile de la administración, junto a las Disposiciones, era el acto administrativo, que envolvía todo el proceso³⁷⁰. Como estamos viendo, esa visión se ha superado abriendo la puerta al enjuiciamiento de toda la actividad e inactividad de las Administraciones públicas. Este avance ha sido obligado por los imperativos propios de la Constitución y de la configuración que esta hace de la justicia administrativa, así como del trabajo de la jurisprudencia, cuya evolución ha facilitado la superación del sistema objetivo. Todo ello desembocó en la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa – Administrativa de 1998.

Esta tradición histórica del ordenamiento jurídico administrativo español, ha tenido consecuencias en la definición conceptual del acto administrativo³⁷¹. Muchos autores han utilizado de forma expansiva el concepto de acto administrativo con la finalidad de englobar en ella la mayor parte de la actividad de la administración y, de esta forma, aumentar el objeto de proceso contencioso – administrativo. Así, la definición más genérica de acto administrativo consistía en todo acto jurídico dictado por la administración y sometido a Derecho administrativo. De esta definición, solo se excluyen los actos materiales o no jurídicos de la administración, los actos jurídicos del administrado y los actos jurídicos de la administración que no están sometidos al Derecho Administrativo, sino sometidos al Derecho Privado, laboral, constitucional o procesal.

³⁷⁰ Así se manifestó GARRIDO FALLA, F., *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pág. 97, al decir que “El objeto de impugnación de los recursos administrativos y contencioso-administrativos es siempre un acto administrativo”.

³⁷¹ La desnaturalización de la institución del acto administrativo por motivos procesales ha sido expuesta por distintos autores, como por ejemplo, ya de forma temprana, GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Derecho procesal administrativo. Tomo I”, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, págs. 278 y ss. Más recientemente, BOCANEGRA SIERRA, R., *La Teoría del Acto Administrativo*, Ed. Iustel, Madrid, 2005, págs. 17 a 41, y BOCANEGRA SIERRA, R., *Lecciones sobre el acto administrativo*, Ed. Thomson – Civitas, Madrid, 2004, págs. 42 y ss.

No obstante, el acto administrativo sigue teniendo una gran importancia, pues sigue siendo la principal manifestación de las Administraciones Públicas³⁷². Es, además, una de las actividades susceptibles de impugnación mediante el procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado. Teniendo en cuenta, como ya hemos visto, y como veremos a continuación, que se enumeran por la Ley otras actividades de la administración, a parte del acto, que pueden ser sometidas al mismo proceso, ya no se ve necesario acudir a una definición o configuración abierta del acto administrativo. Este concepto amplio, si bien tuvo su razón de existir, ya ha sido desestimado tanto por la legislación como por la mayoría de doctrina, que se inclinan por una definición estricta del acto administrativo. ¿Qué concepto debemos manejar entonces? ¿Cuándo nos encontramos ante un acto, que puede vulnerar las libertades económicas protegidas por el procedimiento especial cuyo objeto estamos analizando?

En la actualidad, es muy reconocida la definición clásica de acto administrativo que redactó ZANOBINI³⁷³, el cual entendía el acto administrativo como “la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad distinta de la reglamentaria”. Tal definición es la que ha seguido una gran parte de la doctrina. Y, si bien es cierto que acota más el significado o concepto del término, no termina de expresar, a mi juicio, la verdadera naturaleza que tiene, y que ha de tener el acto administrativo. Es por ello, que me parece más acertada, al menos para el caso que nos ocupa, la definición de acto administrativo que hace BOCANEGRA³⁷⁴. El define acto administrativo estricto como “toda decisión o resolución administrativa, de carácter regulador y con efectos externos, dictada por la

³⁷² Existen diferentes nociones de acto administrativo. Algunas de ellas son expuestas por SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J.A., FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Derecho Procesal Administrativo. Tomo I.*, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013, págs. 82 a 86.

³⁷³ ZANOBINI, G., *Corso de Diritto Amministrativo*, Milán, 1947.

³⁷⁴ BOCANEGRA SIERRA, R., *La Teoría del Acto...*, op. cit., págs. 53 a 77. Para el autor, esta definición es una derivación y adaptación necesaria de la definición de acto administrativo en la legislación alemana, cuya dicción aparece en el en el párrafo 35 de la VwVfG, y que el mismo traduce así: “Acto administrativo es toda disposición, resolución u otra medida de autoridad adoptada por un órgano administrativo y dirigida a la regulación de un caso particular en el ámbito del derecho público, con efectos inmediatos en el exterior” (pág. 54).

administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria”.

Esta es la definición de acto que, incluso por acotación de los términos que la acompañan en su enumeración legal, debe entenderse enmarcada en el objeto formal del procedimiento de la unidad de mercado.

Dentro de la categoría de actos administrativos como instrumento de impugnación, debemos incluir el silencio administrativo positivo o estimatorio. La naturaleza jurídica del silencio administrativo estimatorio es la propia de un acto administrativo³⁷⁵, naturaleza por otro lado confirmada por el art. 24.2 LPAC.

No es así en el silencio administrativo negativo o desestimatorio, cuya naturaleza es la una ficción jurídica³⁷⁶. No obstante, y precisamente por constituirse en una ficción jurídica, su impugnación se hace al resultado –o ficticia resolución- del procedimiento en que se encuadra el silencio, no a la pasividad o inactividad de la Administración en el mismo, como después veremos (art. 24.2 LPAC).

Por último, hemos de añadir que el acto administrativo impugnado mediante el recurso especial de garantía de la unidad de mercado ha de ser un acto firme, no recurrible preceptivamente en vía administrativa. Así se desprende de lo establecido por el art. 127 bis.2 LJCA, al remitir a lo dispuesto en el art. 46.2 LJCA, que marca el *dies a quo* en el día siguiente al de la notificación o publicación del acto “que ponga fin a la vía administrativa”³⁷⁷.

³⁷⁵ BOCANEGRA SIERRA, R., *Lecciones sobre el Acto...*, op. cit., págs. 96 a 99.

³⁷⁶ BOCANEGRA SIERRA, R., *Lecciones sobre el Acto...*, op. cit., págs. 99 a 101.

³⁷⁷ Véase en esta línea, la relación del art. 127 ter.10 LJCA con el art. 25 LJCA. El primero nos dice que el procedimiento para la garantía de la unidad de mercado, en lo no dispuesto en su regulación propia y especial, se regirá por las normas generales de la LJCA. El segundo, de regulación general, solo admite el recurso en relación a los actos expuestos o presuntos que pongan fin a la vía administrativa.

2.3 Inactividad.

La inactividad de la administración es otra de las actividades impugnables, aunque en este caso, deberíamos decir una de las **no** actividades³⁷⁸. En todo caso, ha de tratarse de una actitud omisiva frente obligaciones de acción positiva de la Administración, no ante cualquier inactividad³⁷⁹. La inactividad de la Administración se ordena y sistematiza, tradicionalmente, en dos categorías básicas, que son inactividad formal e inactividad material³⁸⁰:

³⁷⁸ La inactividad de la administración como presupuesto de un recurso contencioso – administrativo, se introdujo como novedad en la LJCA de 1998. La anterior legislación. La clasificación tradicional de la inactividad fue formulada por NIETO GARCÍA, A., quien distinguió entre actividad formal como pasividad de la administración dentro de un procedimiento, e inactividad material como la pasividad de la administración en el marco de sus funciones ordinarias (NIETO GARCÍA, A., “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 37/1962 (enero-abril), págs. 75 a 126). Posteriormente reformuló su calificación añadiendo algunas categorías y subcategorías, distinguiendo entre inactividad formal, material negativa, material positiva y de efector trilaterales, como se puede ver en NIETO GARCÍA, A., “La inactividad material de la Administración: veinticinco años después” *Documentación Administrativa*, núm. 208/1986, págs. 11 a 64. No obstante, en esta tesis nos basaremos, con alguna diferenciación, en la clasificación que realiza GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, Ed. Aranzadi, Pamplona-Navarra, 2002, págs. 123 a 125.

³⁷⁹ MENÉNDEZ REXACH, Á., “El control judicial de la inactividad de la administración”, *AFDUAM (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid)*, núm. 5/2001, págs. 163 a 186, el cuál dice que “parece necesario subrayar que el control no es admisible ante cualquier tipo de inactividad, sino solamente cuando ésta supone un incumplimiento de sus deberes legales por parte de la Administración” (págs. 169 y 170).

³⁸⁰ Esta clasificación dual fue expuesta por NIETO GARCÍA, A., “La Inactividad de la Administración...”, op. cit., pág. 75 a 126. Posteriormente, el mismo autor, clasificó la Inactividad de la Administración en cuatro categorías: Inactividad formal o silencial, inactividad material negativa, inactividad material positiva e inactividad de efectos trilaterales, en NIETO GARCÍA, A., “La Inactividad material de la Administración: veinticinco...”, op. cit., págs. 11 a 64.

No obstante, existen diferentes clasificaciones para la Inactividad de la Administración, todas ellas basadas en la primera clasificación realizada por NIETO GARCÍA, A, como la que elabora GÓMEZ PUENTE, M., en *La Inactividad de la...; op. cit.*, págs. 123 a 125, clasificado la Inactividad igualmente en cuatro categorías, a saber, Inactividad formal normativa, Inactividad formal convencional, Inactividad formal singular o procedimental e inactividad material. No obstante, en este estudio hemos escogida está por

a) *Inactividad formal*

Esta consiste en la falta de realización por la Administración de una declaración jurídica que resulte debida por disposición del ordenamiento. Atendiendo a la naturaleza jurídica de la declaración que hubiera de resultar de no darse la inactividad, esta puede ser:

- Inactividad formal normativa o inactividad reglamentaria: la Administración no cumple con su deber de dictar, modificar o derogar normas.

La LGUM impone ciertas obligaciones de normativización a las Autoridades competentes. Este es el caso, por ejemplo, de adaptación de sus disposiciones para garantizar en ellas, las libertades de los operadores económicos que se reconocen en la misma LGUM. Debe para ello, velar porque en sus disposiciones, tanto las que se aprueben como nuevas, como la ya existentes, se observen los principios de “no discriminación (por razón de territorio), cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia” (art. 9.1 LGUM).

Esta obligación debe observarse particularmente, que no únicamente³⁸¹, en las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella, en los estándares de calidad emanados de normas o consejos reguladores, en las normas que regulen los requisitos para el otorgamiento de las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas que

ser una de las que, a nuestro juicio, resulta más acorde con la actual legislación la clasificación que se recoge por SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J.A., FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Derecho Procesal Administrativo. Tomo II.*, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013, págs. 705 y 706

³⁸¹ El art. 9.2 LGUM no hace una enumeración cerrada y exhaustiva de la actividad administrativa en la que deban observarse los principios enunciados. Más bien recoge la actividad administrativa más sobresaliente por su afectación a las libertades económicas recogidas en la LGUM. El enunciado principal del apartado dos del art. 9, así como la letra f) del mismo apartado lo dejan claro con expresiones como: “En particular, garantizaran que las siguientes disposiciones [...] cumplen los principios citados en el apartado anterior” y “Cualesquiera otros [...] que afecten a los operadores económicos”, dejando claro que se trata de una clasificación de *numeros apertus*.

se exijan para el ejercicio de actividades económicas, las normas que regulen la potestad sancionadora y autorizadora en materia económica y normas que regulen los procedimientos administrativos que afecten a los operadores económicos (art. 9.2 LGUM).

Existe otro ámbito, estrechamente relacionado con el anterior, en el que también podía darse este tipo de inactividad con relación a las Libertades económicas. Tal es el caso de lo expuesto en el art. 18 LGUM sobre las actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación.

Para ello se exige que cada Autoridad competente se asegure de que “cualquier medida, límite o requisito que [...] mantenga en vigor no tengan como efecto la creación o el mantenimiento de un obstáculo o barrera a la unidad de mercado” (art.18.1 LGUM). Estos obstáculos o barreras a la unidad de mercado pueden estar recogidas en una disposición, pero al art. 18.2 LGUM ha querido dejar recogidos algunos de ellos, que deben, para evitar caer en la inactividad normativa impugnabile en este proceso, eliminarse.

Esta son las principales obligaciones en materia normativa que impone la LGUM a todas las Administraciones, y por lo tanto, son los únicos parámetros de juicio a la inactividad reglamentaria que caben en el proceso de garantía de la unidad de mercado. Pero a esos elementos de juicio debe acompañarlos la previsión derogatoria de la LGUM, junto con la previsión de adaptación contenida en la Disposición Final Quinta de la misma Ley.

- Inactividad formal singular o procedimental: la Administración no cumple con su deber de formular una declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo, que resulte obligada en ejercicio de una potestad administrativa, distinta de la reglamentaria³⁸².

³⁸² Otros autores añaden alguna categoría más, como GÓMEZ PUENTE, M., *La Inactividad de la...*, op, cit., págs. 123 y 124, que, además de las que aquí recogemos, añade la Inactividad formal Convencional

Sucede sin embargo que, siendo preceptiva esta actividad de la administración, su pasividad no se puede definir como inactividad como categoría jurídica. Este es el caso paradigmático del silencio administrativo³⁸³. Como dicta el art. 21.1 LPAC, “La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos [...]”. Se cumple con las características de la inactividad, pues existe obligación de actuar de la administración, y existiendo esta obligación, no se lleva a término. Pero en este supuesto, como ya habíamos apuntado, no se permite la impugnación de la inactividad formal de la administración como tal, pues se crea la ficción de que la administración si ha dictado resolución, bien de forma estimatoria o desestimatoria, según se haya previsto en la norma, acudiendo a la categoría del silencio administrativo.

Como ya hemos apuntado en el epígrafe anterior, art. 24.2, de la LPAC establece que cuando el silencio es positivo o estimatorio “tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento” –verdadero acto administrativo-, mientras que cuando es negativo o desestimatorio, “tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente” –ficción jurídica-. Pero en ningún caso su impugnación se hace alegando la inactividad,

“cuando la pasividad de la Administración se refiere al desarrollo de actividades de concertación, ya porque la Administración falte a un deber de legal de concurrir con otro sujeto o sujetos a la formación de una declaración jurídica de alcance plurilateral, ya porque su actitud pasiva en el marco de la relación convencional sea contraria a la causa o interés público que fundamenta dicha relación”. Considero incluida esta categoría en la definición ofrecida.

³⁸³ O, en palabras de algunos autores “inactividad formal” AA.VV (AYALA MUÑOZ, J. M., FERNÁNDEZ-DAZA ALVEAR, J. M., GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., GUTIÉRRES DELGADO, J. M., HUESCA BOADILLA, R., IRURZUN MONTORO, F., RIVERO GONZÁLEZ, M., SANZ GANDASEGUI, F., TORRES FERNÁNDEZ, J. J., VEGA LABELLA, J.I.), “Actividad Administrativa impugnabile”, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa de 1998*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 362; o “inactividad formal singular o procedimental” (frente a la inactividad formal normativa o reglamentaria), como SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J.A., FERNÁNDEZ MONTALVO, R, *Derecho Procesal Administrativo, Tomo II.*, op. cit., págs. 705-706.

sino el resultado del silencio administrativo como manifestación resolutoria de la administración.

b) Inactividad material

La inactividad material se define por la omisión o falta de realización de una actividad técnica, material o física, y en todo caso obligada, de trascendencia externa para la Administración³⁸⁴.

Es por lo tanto, la inactividad material a la que se refiere la LJCA -tanto en su regulación general como en la regulación del recurso especial de garantía de la unidad de mercado- cuando habla del recurso contra la inactividad de la administración.

¿Cuándo entonces podemos afirmar que la inactividad de la administración es una manifestación de la misma susceptible del control jurisdiccional? Para responder a esta pregunta conviene conocer cuáles son las circunstancias que la LJCA esgrime -y que ya deja enunciadas el art. 25. 2 de la misma-, por las cuales podamos hablar de inactividad como categoría individual de impugnación.

La contestación a tal interrogante se concentra en el art. 29 LJCA. De este precepto se extrae que para apreciar la existencia de inactividad administrativa, debe existir:

- 1) O bien una obligación de prestación³⁸⁵ por parte de la administración, que trae causa de una disposición general que no precisa de actos de aplicación, acto,

³⁸⁴ Esta es la definición que maneja GÓMEZ PUENTE, M., *La Inactividad de la...*, op. cit., págs. 124 y 125.

³⁸⁵ Algunos autores consideran que las prestaciones mencionadas en el art. 29.1 LJCA deben interpretarse como se interpretan en el Derecho Civil, es decir, como obligaciones que consisten en dar, hacer o no hacer. Las dos primeras entrarían en la definición dada por NIETO GARCÍA, A., "La inactividad de la Administración: veinticinco...", op. cit. págs. 22 y 23, de "inactividad material negativa", que se da cuando la Administración está obligada a dar algo y no lo da, o a llevar a cabo una actividad concreta y que no la desarrolla. En consecuencia, la pasividad de la Administración. La tercera entraría en la denominación acuñada por algunos como "inactividad material positiva" y se da cuando la Administración actúa sin estar llamada a hacerlo y tras la denuncia oportuna de los interesados, no cesa o se abstiene de sus actuaciones ilegales (por todos, AA.VV [AYALA MUÑOZ, J. M., FERNÁNDEZ-DAZA ALVEAR, J. M., GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., GUTIÉRRES DELGADO, J. M., HUESCA BOADILLA, R., IRURZUN MONTORO, F., RIVERO GONZÁLEZ, M., SANZ GANDASEGUI, F., TORRES FERNÁNDEZ, J. J., VEGA LABELLA, J.I.], "Actividad

contrato o convenio³⁸⁶, y que esa obligación no se lleve a término por la administración.

- 2) O bien, un acto firme que no ha sido ejecutado por la administración competente³⁸⁷, conocido como inactividad ejecutiva.

Si se da alguno de los dos supuestos, estaremos ante la inactividad de la administración como presupuesto de inactividad impugnabile.

Pero ese control se encuentra sujeto a ciertos condicionantes, por la propia naturaleza del proceso judicial. Así el art. 29 LJCA exige que con anterioridad al recurso contencioso – administrativo, se requiera a la administración obligada a que actúe de conformidad

Administrativa impugnabile”, op. cit. 362 y ss.) No obstante, la visión puede, y a mi juicio debe, ser otra. El art. 29 LJCA debe poner en concordancia con el art. 25.2 LJCA. En este último ya se hace una distinción entre inactividad y actuación material de la Administración que constituyen una vía de hecho. No veo diferencia entre la denominada “inactividad material positiva” y la vía de hecho. En ambas, la Administración actúa sin la necesaria cobertura legal debida a su vinculación positiva con el ordenamiento jurídico, con lo cual ya existe un ilícito atacable, por lo menos, en la jurisdicción contencioso – administrativa. Es este hecho el que se juzga, con independencia de la denuncia de los interesados - reclamación previa-, que lo único que hace es poner sobre aviso de la ilegalidad de la actuación (ilegalidad que por otra parte la Administración tiene el deber conocer), dando la oportunidad de su reconocimiento y de la reversión de sus efectos.

³⁸⁶ Algunos autores desgranar este apartado primero del art. 29 LJCA, indicando que la inactividad de la Administración en el marco de un Contrato Público o de un Convenio, son categorías distintas de la Inactividad material. Así, es lo que NIETO lo interioriza en la categoría de Inactividad de efectos trilaterales (“La Inactividad material de la Administración: veinticinco...”, op. cit., págs. 21 a 25), y GÓMEZ PUENTE de Inactividad convencional (*La Inactividad de la...*, op. cit., págs. 123 a 125). Sin embargo, y con el fin de no interferir demasiado con lo que es objeto de estudio de esta tesis, lo veo encuadrado sin más dentro de la Inactividad material.

³⁸⁷ La previsión sobre la tramitación por el procedimiento abreviado de la inactividad debida a la no ejecución de un acto firme (art. 29.2 *in fine*), no es recibida en nuestro caso. Nuestro estudio se centra en un procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado, que dejaría al margen la aplicación del procedimiento abreviado, y en consecuencia sin virtualidad práctica la previsión mencionada.

con sus obligaciones³⁸⁸. Este requerimiento es preceptivo, pero ¿debe ser la CNMC quien presente en todo caso este requerimiento?

La respuesta ha de ser negativa. Este requerimiento es necesariamente anterior a la presentación del recurso especial de garantía de la unidad de mercado, que es donde la CNMC goza de legitimidad. Por lo tanto, podemos afirmar que el cese de la inactividad ha debido ser intimado previamente por los propios operadores económicos. Y esto es así por lo recogido en el art. 127 bis.2 LJCA, pues al hacer referencia a los plazos, nos remite a lo dispuesto en el art. 46.2 LJCA, que marca el *dies a quo* en el día siguiente al del vencimiento de los plazos del art. 29 LJCA.

2.4 La Vía de hecho

Lo cierto es que nuestro ordenamiento no contiene en si mismo una definición de la vía de hecho, pero de su contenido, así como de la doctrina y de la jurisprudencia³⁸⁹,

³⁸⁸ La Exposición de Motivos de la LJCA de 1998 –apartado V. Objeto del Recurso- se cuida de decir que este requerimiento no convierte al recurso contra la inactividad “en procesos contra la desestimación, en su caso por silencio, de tales reclamaciones o requerimientos. Ni, como se ha dicho, estas nuevas acciones se atienen al tradicional carácter revisor del recurso contencioso-administrativo, ni puede considerarse que la falta de estimación, total o parcial, de la reclamación o el requerimiento constituyan auténticos actos administrativos, expresos o presuntos. Lo que se persigue es sencillamente dar a la Administración la oportunidad de resolver el conflicto y de evitar la intervención judicial. En caso contrario, lo que se impugna sin más trámites es, directamente, la inactividad o actuación material correspondiente, cuyas circunstancias delimitan el objeto material del proceso”. Siendo así, este requerimiento tan solo sería un presupuesto procesal de admisión. Así, GARCÍA PÉREZ, M., *El objeto del proceso...*, op. cit., pág. 96, lo define como “una especie de *interpellatio* que tiene por finalidad evitar el proceso”. Sin embargo, para algunos autores, esto tan solo es la aplicación de la técnica de convertir la inactividad material en inactividad formal, utilizada con anterioridad a la entrada en vigor de la LJCA de 1998, avalada por el Tribunal Supremo. Entre otros, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentario a la Ley de Jurisdicción contencioso – administrativa (Ley 29/1998, de 13 julio)*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, págs. 767 a 778, o CHINCHILLA MARÍN, C., *La Desviación de Poder*, Ed. Thomson-Civitas, 2004, Madrid, pág. 69.

³⁸⁹ Un estudio sobre la jurisprudencia en diferentes jurisdicciones (civil, C-A, constitucional, etc.), puede leerse en BURLADA ECHEVESTE, J. L., *Las garantías jurisdiccionales frente a la vía de hecho de las Administraciones*, Ed. IVAP, Oñati (Guipúzcoa), 2004, págs. 99 a 110. En las páginas previas, el autor también hace un breve repaso de las distintas posiciones doctrinales.

se puede decir que la actuación material de la Administración constituye una vía de hecho cuando la Administración actúa sin la preceptiva, y por lo tanto necesaria cobertura jurídica –vinculación positiva al ordenamiento–, bien por actuar al margen de sus competencias o exceder los límites de estas³⁹⁰, o por prescindir total y absolutamente del procedimiento establecido³⁹¹.

En definitiva, la administración incurre en actividad por la vía de hecho, por ejercer de forma efectiva una actividad material que le está vedada por el ordenamiento, entre las que se incluyen de forma específica, la adopción o ejecución de actos o actuaciones que la legislación considera nulos de pleno de derecho³⁹² –nulidad radical- (art. 47.1 PAC).

³⁹⁰ Entrarían dentro de este concepto la actividad material que, si bien está precedida de un Acto administrativo, excede de lo que dicho acto ordena o se aplica a sujetos y finalidades distintas, tal y como recuerdan GARRIDO FALLA, F., y FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M^a, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de las Leyes 30/1992 y 4/1999)*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 144 a 148.

³⁹¹ Así ha sido descrito por el Tribunal Supremo, como exigencia del Estado de Derecho, por ejemplo, en STS de 22 de septiembre de 2003, FF, DD 1º a 4º (RC 8039/1999), y últimamente la STS de 19 de noviembre de 2013, FD 2º (RC 875/2011).

³⁹² Ciertos autores han considerado que cuando se trate de actuaciones viciadas de nulidad, no es necesaria la efectiva actuación material de ejecución, sino que basta con la mera adopción del acto para considerar que se ha incurrido en actuaciones materiales que constituyen una vía de hecho; GARRIDO FALLA, F., y FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M^a, *Régimen jurídico y procedimiento de las...*, op. cit., págs. 147 a 148. A nuestros efectos prácticos, esa afirmación no tiene trascendencia práctica. Cuando la actividad se materializa en un acto u otro instrumento jurídico viciado de nulidad, este puede ser recurrido por el mismo procedimiento del art. 127 bis LJCA, y con el mismo argumento, a saber, la obstaculización de la Unidad de Mercado, con lo que la protección frente a la Administración se expide igualmente. Además la CNMC puede solicitar, como medida cautelar, la suspensión automática del “acto o resolución” que supongan a su vez vía de hecho, así como cualquier medida cautelar que impida el nacimiento del obstáculo o limite a la Unidad de Mercado (art. 127 quáter LJCA), lo que incluye, en cuanto a la actuación que nos lleva a la adopción de acto, la solicitud de la suspensión de la adopción ante la Jurisdicción C-A (arts. 30 y 136 LJCA). La única diferencia radica en la pretensión, que en un caso será de declaración de nulidad y en otro de condena o cesación de la actuación material.

Por otra parte, conviene tener en cuenta algunos de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo, en particular en contenido en la Sentencia 5507/2013, de 19 de noviembre (Sala 3ª Sección 6ª). En este particular, el TS afirma que la ejecución de actos suspendidos en virtud del art. 111 de la LRJAP-PAC –hoy

El art. 127 bis LJCA incluye la actuación material que constituye una vía de hecho entre las actuaciones susceptibles de ser sometidas al procedimiento de garantía de la Unidad de Mercado, cuando esta pueda suponer la vulneración de las libertades de establecimiento y de circulación. Lo dicho nos lleva a plantearnos ciertas cuestiones sobre el papel de la CNMC frente a la vía de hecho, que en la continuación apuntamos y tratamos de dar respuesta.

a) *Intimación previa a la Administración actuante*

El art. 30 LJCA dice que en el caso de la vía de hecho “el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación”.

Este requerimiento es potestativo para los interesados, pero ¿quiere decir eso que la CNMC tiene facultades para solicitar la previa manifestación de la Administración contra la que actúa? En mi opinión no. La legitimación se otorga a la CNMC para la “interposición del recurso contencioso-administrativo” (art. 27 LGUM), y no para cuestiones procesales previas, como es el requerimiento del art. 30 LJCA.

Esto no quiere decir que, el operador económico, previamente a la solicitud de la toma de las acciones judiciales por parte de la CNMC, decida proceder el mismo a ejercer la intimación previa a la Administración. No obstante y, dada la protección preferente que ofrece este procedimiento, no parece una solución de uso abundante.

b) *Interdictos frente a la Administración en el orden jurisdiccional civil*

Históricamente, frente a la vía de hecho de las Administraciones, especialmente sobre Expropiación forzosa, cupo la protección interdictal por parte los de jueces y Tribunales del orden civil. Tal era así por la interpretación *a contrario sensu* del hoy art.

art. 117 PAC-, al menos en un procedimiento de Expropiación Forzosa, no constituye una vía de hecho, pese a contener todos los elementos que la definen y la integran. Para más información, véase a CHAVES GARCÍA, J. R., “No hay vía de hecho si la Administración ejecuta sus actos suspendidos”, en su blog <http://contencioso.es/2013/12/04/no-hay-via-de-hecho-si-la-administracion-ejecuta-sus-actos-suspendidos-3/>. (Visto el 27 de enero de 2021).

105 LPAC, que prohíbe las acciones posesorias o Interdictos frente a las Administraciones cuando estas actúan sobre “materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido”, y del art. 125 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa (LEF).

De esta forma, cuando existiera, dándose la circunstancia anterior, una “perturbación o un despojo” en la posesión, el interesado podía acudir a la protección sumaria que ofrecen los conocidos como interdictos de retener y recobrar.

La aprobación de la LJCA de 1998 –junto a la reforma de la LOPJ por Ley Orgánica 6/1998, especialmente del art. 9.4-, que atribuye a los Juzgados y Tribunales de lo C-A el conocimiento de las causas contra actuaciones materiales que constituyan vía de hecho (art. 25.2 y 30 LJCA) no ha aclarado la cuestión entre la doctrina. Así, hay algunos autores que han afirmado la dualidad de órdenes, es decir, que todavía existe la posibilidad de acudir a la protección sumaria de los Interdictos³⁹³, mientras que otros, más recientemente, afirman que esa protección ya solo puede darse en y por la jurisdicción C-A, de tal manera que la LJCA de 1998 puso fin a la protección por Interdictos para el caso de la vía de hecho³⁹⁴.

³⁹³ Entre otros, y hasta ahora mayoritarios: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I.*, Ed. Civitas, Pamplona (Navarra), 2015, págs. 860 a 863; ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 213 y 214; SÁNCHEZ MORON, M., *Derecho Administrativo. Parte general*, Ed. Tecnos, Madrid, 2010, págs. 555 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, pág. 145 – si bien posteriormente varía ligeramente su opinión-, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XII.*, Ed. BOE (Ministerio de la Presidencia), Madrid, 2015, págs. 137 a 142; BURLADA ECHEVESTE, J. L., *Las garantías jurisdiccionales frente a la vía...*, op. cit., págs. 264 a 286; SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J. A. y FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Jurisdicción y competencia en el proceso Contencioso-Administrativo*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, págs. 498 a 503.

³⁹⁴ LEGUINA VILLA, J., “El ámbito de la Jurisdicción” en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (Dir. LEGUINA VILLA, J., y SÁNCHEZ MORÓN, M.), Ed. Lex Nova, Valladolid, 1999, págs. 44 y 45; COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo. Tomo I.*, Ed. Civitas, Pamplona (Navarra), 2009, pág. 517 a 519; PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II*, Ed. OPEN, 2013, págs. 582 a 584; LÓPEZ MENUDO, F., “Fin de la tutela sumaria de la posesión –interdictos- frente a la Administración pública (el atípico final de una larga polémica)”, en *Administración y Justicia. Un análisis*

Yo me decanto por la segunda de las opciones, es decir, por la exclusividad del orden jurisdiccional C-A, sumándome a las razones que apunta LÓPEZ MENUDO³⁹⁵, que muy brevemente exponemos³⁹⁶:

- Se desprende del tenor literal de los conceptos y términos de la LJCA de 1998 y de la LOPJ. Así se deja ver por los pronunciamientos de la llamada jurisprudencia menor, como el Auto de 6 de abril de 2000, de la AP de Lérida, que dice que si bien antes de nacer la LJCA de 1998, la jurisdicción civil debía conocer de los interdictos frente a las administraciones que actuaban por la vía de hecho, “esta situación ha cambiado [...] los términos de la ley son tan claros que no hay que acudir a otra interpretación que la literal”. También la AP Vizcaya, en Auto de 22 de enero de 2001, deduce de la LOPJ y de la LJCA la desaparición de la doble vía, “de forma inequívoca y harto concluyente”
- Se intuye del texto de la Exposición de Motivos de la LJCA, donde se le atribuye un carácter interdictal, en cierto modo, de la acción frente a las actuaciones materiales de la Administraciones, que constituyen una vía de hecho, haciendo una exclusión o, si se quiere, sustitución tácita del resto de acciones interdictales.
- Se desplaza o incluso deroga el art. 125 LEF. Se trataría de una derogación tácita, por la aprobación de una norma de igual rango, de contenido opuesto.
- La Jurisdicción C-A es improrrogable, de tal forma que, atribuida la competencia por los art. 1.1 y 25.2 LJCA y el art. 9.4 LOPJ, solo los Tribunales y Juzgados de lo

jurisprudencial. Vol. I. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández (Coord. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y ALONSO GARCÍA, R.), Ed. Civitas, Pamplona (Navarra), 2012, págs. 2567 a 2595; MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XII.*, op. cit. págs. 135 a 140, donde si bien no descarta del todo la dualidad de acciones, se inclina por la consolidación de la jurisdicción contencioso-administrativa.

³⁹⁵ LÓPEZ MENUDO, F., “Fin de la tutela sumaria de la posesión –interdictos- frente a la Administración...”, op. cit., págs. 2585 a 2592.

³⁹⁶ Desde luego, todas estas razones han de tomarse como un conjunto y no exclusivamente de forma individual.

C-A pueden conocer de las acciones contra las vías de hecho de las Administraciones, quedando excluido el conocimiento por otras jurisdicciones.

Por otra parte, apunta MUÑOZ MACHADO³⁹⁷, que parece inconveniente que las acciones contra las vías de hecho se planteen ante una jurisdicción que no especializada en la legalidad administrativa, de tal manera que su capacidad para resolver sobre si la actuación incurre en infracción grave que da lugar a la vía de hecho, se ve mermada.

- La Jurisdicción C-A tiene procedimientos y medios de protección sumarios, junto con garantías suficientes para los particulares. Como ya hemos mencionado, la LJCA ofrece protección sumaria mediante la adopción de medidas cautelares frente a las vías de hecho. Los plazos, de ordinario, son similares. Y en el caso de la Unidad de Mercado, todavía el más proteccionista, pues la medida cautelar que se solicite, tiene eficacia inmediata desde la admisión de la demanda (art. 127 quáter)³⁹⁸.

En este orden de cosas, tal y como se desprende de la actual regulación que hace la LEC de las acciones interdictales, ya no nace un recurso sumario y especial, pues están dan lugar a un Juicio Verbal, declarativo ordinario, sin naturaleza especial³⁹⁹.

- La unidad de fuero favorece la unidad de criterio, por lo cual es un instrumento que favorece la justicia y, para el caso concreto, la aplicación uniforme de la LGUM.

³⁹⁷ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho...* Tomo XII, op. cit., pág. 140.

³⁹⁸ El art. 127 quáter solo menciona la medida cautelar de suspensión de Dispersiones y actos. No obstante, como tendremos oportunidad de ver en capítulo dedicado a la función de la CNMC, se debe hacer, a mi juicio, una aplicación analógica o, al menos, una interpretación extensiva de la regulación de las medidas cautelares en este procedimiento especial, al resto de medidas cautelares que permite adoptar la regulación general de las medidas cautelares en los procedimientos C-A.

³⁹⁹ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho...* Tomo XII., op. cit., págs. 138 y 139.

De cualquier forma, y para el caso que nos ocupa, la CNMC no podría en ningún caso instar la protección sumaria por medio de interdictos en el orden civil, pues esta se reserva, originaria y exclusivamente, para quienes tengan la posesión mediata o inmediata de la cosa⁴⁰⁰.

2.5 Término genérico “actuaciones”. ¿Qué engloba?

Las vistas hasta ahora son las mismas actuaciones que se recogen en el art. 25 LJCA para el recurso contencioso – administrativo ordinario: disposiciones, actos, inactividad y vía de hecho. Sin embargo, el art, 127 bis LJCA añade la expresión “actuaciones”, que se adiciona como categoría a las expuestas. El objetivo, en mi opinión es no dejar fuera de este procedimiento ninguna actuación de la Administración que pueda afectar a la Unidad de Mercado, a modo de cláusula de cierre.

Eso no quiere decir que sea una categoría en si misma vacía de contenido. En la enumeración de actuaciones impugnables que se recoge en el art. 127 bis, no aparecen técnicas, instrumentos o categorías de actividad de la Administración, pero que sin embargo influyen, y hasta son determinantes en el mercado y en la actividad económica, siendo susceptibles de afectar a la Unidad de Mercado. ¿Qué contenido concreto posee la categoría de “actuaciones”?

El término actuaciones parece incluir, como cajón de sastre, todas aquellas actuaciones de las Administraciones Públicas, que cumplan con tres requisitos:

1. Ser actuaciones que no pueden incluirse en las otras categorías singulares de impugnación de las que menciona el art. 127 bis.1 LGUM (Disposiciones, actos, inactividad o vía de hecho)⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil II*, Ed. COLEX, Madrid, 2005, págs. 92 a 94; CERRATO GURI, E., *La tutela de la posesión en la LEC*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 239 a 258.

⁴⁰¹ Véase FERNANDO PABLO, M. M., “El contencioso-administrativo de la unidad de mercado...” op. cit., págs. 560 a 566.

2. Debe tratarse de actos con trascendencia jurídica externa para la Administración actuante, excluyendo aquellos sin trascendencia jurídica o con trascendencia jurídica interna para la Administración.
3. Debe tratarse de actuaciones sometidas a Derecho Administrativo.

De todas ellas, podemos destacar algunas, por su importancia en la práctica:

a) Contratos Públicos

La actividad contractual de las Administraciones Públicas es una actividad importante y con impacto en la economía y en el comercio. Su naturaleza contractual lo diferencial del resto de actuaciones ya vistas.

No obstante, antes de llegar al contrato como elemento e instrumento final, se exige el seguimiento de un procedimiento, que dependerá del tipo de contrato y de la cuantía del mismo. Ese procedimiento suele incluir lo que se llaman actos preparatorios y la adjudicación (arts. 26 y 27 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en adelante LCSP)⁴⁰².

En cuanto a los actos preparatorios y a la adjudicación, solo dejar apuntado que el art. 39 LCSP establece su nulidad cuando recaiga sobre alguno de los supuestos del art. 47.1 LPAC. Por lo tanto, los actos preparatorios del contrato son nulos si afectan a la unidad de mercado y todos ellos son susceptibles de impugnación por la CMNC en esta vía, cuando se haya agotado la vía administrativa.

⁴⁰² Es lo que la doctrina viene a llamar “actos separables”, haciendo distinción entre la preparación y adjudicación del contrato, que se regirá por las normas de Derecho Administrativo que les sean de aplicación y siempre conociendo los Tribunales del orden jurisdiccional de lo contencioso - administrativo, de los efectos, cumplimiento y extinción del contrato, que se regirán, bien por el Derecho Administrativo, bien por el Derecho Privado, en función de si el contrato es administrativo o privado y perteneciendo por ello su conocimiento bien al orden C-A o al Civil. Como aproximación general, léase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-R., *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I.* (2015), op. cit. págs. 715 a 769.

En cuanto al contrato mismo, como instrumento en el mercado, cuando ya surta efectos como tal, entendemos que solo aquellos contratos denominados como administrativos (art. 25 LCSP), pueden formar parte del objeto del procedimiento especial de garantía de la Unidad de Mercado⁴⁰³, quedando excluidos aquellos a los que la LCSP atribuye el conocimiento de las controversias por sus efectos, cumplimiento y extinción al orden jurisdiccional civil, por la particularidad del propio régimen derivado del Derecho Privado (art. 27 LCSP).

b) Las resoluciones finalizadoras del procedimiento que no son un Acto administrativo

No referimos en este caso a los instrumentos de terminación convencional de un procedimiento, como pueden ser los acuerdos y pactos enumerados en el art. 86.1 LPAC. Este tipo de instrumentos son utilizados de forma especial en el ámbito de los procedimientos tributarios y urbanísticos.

La particularidad de estos instrumentos de actuación administrativa, es que el particular, el operador con el que se lleva a un acuerdo, no es quien desea e interpela para atacarlo judicialmente, pues ha tenido la oportunidad de no pactar, con la consiguiente resolución administrativa donde se plasme la voluntad unilateral de la Administración. Pero esto no excluye que puedan afectar a la Unidad de Mercado y a otros operadores. Aun así, será difícil que la CNMC pueda actuar frente a ellos. Si los efectos se dan exclusivamente entre la Administración y el sujeto con el que se acuerda o pacta. Lo lógico será que ninguno de estos lo impugne. Ciertamente se trata de un supuesto extraño en la práctica, pero que teóricamente puede darse. Por ello ha de tratarse, aun someramente.

Estos instrumentos ponen fin a la vía administrativa (114.1 d) LPAC), y por lo tanto, pueden ser recurridos directamente en vía judicial, en nuestro caso, ante la Audiencia Nacional. En este caso, dado que el recurso c – a se impone frente a un pacto o convenio

⁴⁰³ En este sentido, cuando quien solicita la actuación de la CNMC no sea parte contratante, debe darse la oportunidad de personarse en el procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 21.1 b) LICA.

entre la administración y un sujeto privado, cabe darle audiencia y permitir su personación en el procedimiento, según lo dispuesto en el art. 21.1 b) LJCA.

Por otra parte, en cuanto a la actividad Convencional interadministrativa, esta también puede ser sometida al control judicial mediante el proceso especial de garantía de la Unidad de Mercado, a instancias de la CNMC. Está sujetos al imperio de la Ley, siendo ilícitos cuando vulneran el ordenamiento⁴⁰⁴.

c) La vía se hecho omisiva

El concepto de vía de hecho omisiva fue acuñado por NIETO GRACÍA⁴⁰⁵, y nace a propósito de los requisitos legales para la impugnación de la Inactividad material, recogidos, como hemos visto, en el art. 29 LJCA.

Entre estos, a modo de recordatorio el que la inactividad provenga de una obligación o deber de la administración en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación, de un acto, contrato o convenio administrativo, que reconozcan un derecho o una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas (o determinables).

La constreñida regulación de este artículo, a su juicio, deja sin protección expresa supuestos reales de inactividad administrativa (actuación por omisión), en los que no existe una obligación concreta preestablecida, pero que si una obligación genérica, supuestos que tampoco son cubiertas por técnica de la vía de hecho (actuación por comisión), que no cubre omisiones.⁴⁰⁶ Esta inactividad frente a obligaciones genéricas

⁴⁰⁴ Así nos lo hace saber LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., "Límites sustanciales de los Convenios Administrativos", en *Discrecionalidad administrativa y control Judicial* (Coord. Hinojosa Martínez, E., y González-Deleito Domínguez, N.), Ed. Civitas y Junta de Andalucía, Madrid, 1996, págs. 413 a 419, donde menciona el "Principio de Inderogabilidad convencional del ordenamiento jurídico", aplicable a todo tipo de Convenios con la Administración, tanto con particulares como entre Administraciones".

⁴⁰⁵ NIETO GARCÍA, A., "La Inactividad de la Administración en la LJCA de 1998", *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm. 1/1999 (Extraordinario), págs. 62 a 64

⁴⁰⁶ NIETO GARCÍA, A., ofrece el siguiente ejemplo: "Un árbol se troncha en una tormenta y cae justo a la puesta de mi casa dificultado la salida. Pasan los días y las semanas y los servicios municipales no retiran el árbol". No hay norma que pormenore, o en términos de la LJCA concrete, la obligación de las

debe suponer un riesgo o vulneración de los intereses o derechos subjetivos de los administrados⁴⁰⁷.

La solución que ofrece el autor a estos problemas, es la incluir dentro de la acción contra la vía de hecho a la vía de hecho omisiva, interpretando la vía de hecho no solo como una actuación material positiva, sino también omisiva –omisión de lo debido-, entendiendo como actuación material la decisión de no actuar.

Sin embargo, parece que la solución más plausible, a día de hoy, será la tradicional de conversión de la inactividad material en actividad formal por silencio administrativo negativo o en un acto administrativo, como medio de protección indirecta contra la inactividad.

No obstante, para el caso de la Unidad de Mercado, en la línea de los que se ha apuntado, el término “actuaciones” puede englobar una acción directa contra la “vía de hecho omisiva”, pretendido dar una protección integral a los operadores económicos y salvaguardar de toda actuación pública –por comisión u omisión- a la Unidad de Mercado.

d) Actuaciones de la Administración no sometidos a Derecho administrativo

Podemos decir que las actuaciones de las Administraciones no sujetas al Derecho Administrativo, no entran como actividad impugnabile ante la jurisdicción C-A ordinaria ni especial. La Administración no actúa en estos casos como sujeto de derecho público, sino como sujeto de derecho privado, y es por estos cauces por los que debe ser compelida al cese de actuaciones irregulares o al cumplimiento de sus compromisos.

No obstante, la LGUM no tiene como destinatarios primarios a los operadores económicos, sino a las Administraciones, pues son para estas para las que la CE impone

administraciones de retirar el árbol (“La Inactividad de la Administración en la LJCA...”, op. cit., págs. 45 a 64. Otros ejemplos son expuestos en NIETO GARCÍA, A., “La vía de hecho omisiva”, en *La Justicia administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Ed. Atelier, Barcelona 2003, págs. 421 a 426.

⁴⁰⁷ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la...*, Ed. Aranzadi, op. cit., págs. 94 y 95.

como limite a sus actuaciones las libertades de circulación y establecimiento junto con la igualdad de en las condiciones de ejercicio de los derechos, que conforman la Unidad de Mercado.

Los sujetos privados –incluidas las Administraciones cuando actúan como tal- no pueden actuar materialmente contra la Unidad de Mercado, si bien pueden afectar a otras instituciones del Derecho Público económico, que tiene sus propios cauces de protección, como por ejemplo la Competencia.

3. PRETENSIONES DE LAS PARTES

Las pretensiones de las partes es el otro gran bloque, junto a la actividad impugnada, que conforma el objeto del proceso contencioso – administrativo. Las pretensiones varían en función de la actividad impugnada. Teniendo en cuenta que esta tesis versa sobre el papel que la CNMC tiene encomendado para garantizar la Unidad de Mercado, conviene analizar cuáles son las pretensiones que este organismo puede aducir en el proceso especial de garantía de la unidad de mercado.

Lo primero que hay que destacar es que la regulación propia de este procedimiento especial, no incluye a las pretensiones, por lo que acudiremos a su regulación general, especialmente de los arts. 31 a 33 LJCA. No obstante, si hay notas diferenciales que conviene tener en cuenta, analizándolas junto al desarrollo de las pretensiones.

La LJCA establece diferentes tipos de pretensiones que tradicionalmente puede aducir la parte recurrente y demandante, y que se han dividido en dos⁴⁰⁸: las pretensiones de anulación y las pretensiones de condena⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ A la que hay que añadir la pretensión de desestimación que pueda ejercer la parte demandada. En nuestro caso, el análisis de dicha pretensión carece de sentido, toda vez que el papel que asigna la LGUM a la CNMC, que ahora estudiamos, es en todo caso en legitimación activa, como hemos tenido oportunidad de desgranar en esta tesis.

⁴⁰⁹ Así se manifiestan la mayoría de los autores como: No obstante, se han probado otras clasificaciones. Por ejemplo, GARCÍA PÉREZ, M., efectúa la división en tres, añadiendo a las anteriores la pretensión ejecutiva, que no debe confundirse con el procedimiento de ejecución de sentencias (GARCÍA PÉREZ, M., *El objeto del proceso...*, op. cit., págs. 91 a 109) o la clasificación más apriorística, deduciendo pretensiones

3.1 Pretensiones de Anulación

Mediante el recurso C-A con pretensión de anulación, lo que se persigue es la declaración de que la Disposición –bien mediante recurso directo o bien mediante recurso indirecto- o Acto administrativo no es conforme a derecho (art. 31.1 LJCA), o en nuestro caso, la declaración de nulidad por incurrir “en cualquier infracción del ordenamiento jurídico que afecte a la libertad de establecimiento o de circulación” (art. 127 ter 6 LGUM).

No obstante, la pretensión de anulación puede tener su motivación en alguna de las causas de nulidad absoluta o radical o bien en una causa de anulabilidad.

Si es una disposición la que afecta a la unidad de mercado, el supuesto se recoge en el art. 47.2 (LPAC) como una causa de nulidad absoluta, por lo que esa concreta pretensión será la que se persiga. Pero si se trata de un acto, ¿qué tipo de nulidad se alegará para obtener la satisfacción de la pretensión de anulación?

La diferencia e importancia de la cuestión no es gratuita. La nulidad supone efectos *ex tunc* del acto, por lo que este es como si nunca hubiese existido, no pudiendo producir más efectos, y debiéndose corregir los ya producidos. Por el contrario, los efectos de la anulabilidad son efectos *ex nunc*, y solamente deja producir efectos desde su celebración como tal, no afectando a los efectos ya producidos. Además de los efectos prescriptivos.

Pues bien, considero que el marco de este procedimiento de garantía de la unidad de mercado, los actos que afecten a la unidad de mercado se encontrarían bajo causas de nulidad absoluta⁴¹⁰. Como ya hemos tenido oportunidad de comentar, las libertades de

similares a las del ámbito del proceso civil, como son las pretensiones declarativas, constitutiva y de condena (GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentario a la Ley de Jurisdicción...*, op. cit., págs. 825 a 842.

⁴¹⁰ Para un examen completo las causas de nulidad absoluta en nuestro ordenamiento, véanse los estudios realizados por GARCÍA LUENGO, J., *La nulidad de pleno derecho de los Actos Administrativos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, y GARCÍA LUENGO, J., “Los supuestos de Nulidad de pleno derecho establecidos al margen de la Ley de Procedimiento Común”, *Revista de Administraciones Públicas*, 159/2001 (septiembre – diciembre), págs. 137 a 172.

circulación y de establecimiento, son libertades fundamentales protegidas por la Constitución. Junto con la igualdad en derechos y obligaciones, estas libertades son el componente básico de lo que llamamos Principio de unidad de mercado. Son por lo tanto, susceptibles de amparo constitucional⁴¹¹, tal y como exige el art. 47.1 a) LPAC, para que, en caso de afectar a las mismas, se declare su nulidad absoluta.

Bien es cierto que la tendencia restrictiva de los Tribunales a la hora de aplicar las causas de nulidad y la tasación efectuada de estas causas en la legislación (art. 47.1 LPAC), hacen necesario un esfuerzo interpretativo para considerar a los actos administrativos que quebranten la unidad de mercado como actos nulos. Y este esfuerzo ya ha sido apuntado por algunos autores. Así, TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ⁴¹², que apunta a “que el único criterio válido cuando se trata delimitar los dos tipos básicos de invalidez es el de la gravedad y trascendencia de los vicios que se trata de sancionar”.

⁴¹¹ Se podría pensar que tratándose de Derechos y Libertades Fundamentales, la LGUM adolecería de un defecto de legalidad formal, pues como reza el art. 81 CE, “son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de derechos fundamentales y de las libertades públicas”, siendo que la LGUM es una Ley Ordinaria. Pero cñiéndonos a su contenido, podemos decir que este no es un desarrollo de los derechos y libertades tratadas según su concepción restrictiva por el Tribunal Constitucional –regulación general y directa del derecho o libertad, regulación del núcleo esencial de su régimen-, sino una norma que se dirige especialmente a las Administraciones –*ad intra*- con el fin de establecer los límites de su actuación, el procedimiento a seguir, con la finalidad de garantizar y proteger estos Derechos y Libertades (como ejemplo y entre otras STC 6/1982, de 22 de febrero; STC 76/1983, de 5 de agosto; STC 160/1987 de 27 de octubre; STC 93/1988 de 24 de mayo; STC 173/1998, de 23 de julio; STC 101/1991, de 13 de mayo, STC 127/1994 de 5 de mayo).

En tal sentido y para un examen doctrinal, pueden leerse, a título ejemplificativo, a GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-R., *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I.*, (2015), op. cit., págs. 156 a 163; DE OTTO PARDO, I. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ed, Ariel, Barcelona, 1987 (reedición 2008), págs. 116 a 118; LINDE PANIAGUA, E., *Leyes Orgánicas*, Ed. Linde Editores, Madrid, 1990, págs. 90 a 97.

⁴¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-R., *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I.* (2015), op. cit., págs. 661 a 680. No obstante, ya tempranamente este FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.; manifestó la tesis que en este texto se apunta para el caso específico de la unidad de mercado, tesis que manifestó en el artículo “Orden Público y nulidad de pleno derecho”, *Revista de Administración Pública* núm. 59/1969, págs. 71 a 128 y que mantuvo en el estudio *La doctrina de los vicios de orden público*, Ed. IEAL, Madrid, 1970.

3.2 Pretensiones de condena.

Las pretensiones de condena persiguen obtener del Tribunal una declaración judicial que se condene a la administración a hacer, no hacer –o dejar de hacer- o a dar. Esta definición nos lleva a los tradicionales recursos contra la inactividad y contra la vía de hecho.

a) *Recurso contra la inactividad*

Nos dice el art. 32.1 LJCA que cuando el recurso se dirija contra la inactividad el reclamante podrá “pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas”.

Por lo tanto, la condena consistirá en que la Administración cumpla de forma activa con sus obligaciones con el objetivo de poner fin a la inactividad material y ejecutiva que afecte a la Unidad de Mercado. ¿Pero existe alguna limitación a esta pretensión cuando es planteada por la CNMC?

La cuestión viene dada por los intereses que se persigue proteger con la actuación de la CNMC. Estos intereses son, en relación a los vistos sobre la naturaleza del proceso, necesariamente colectivos, aun cuando actúen por solicitud de un solo operador. Siendo así, plantea serias dudas la capacidad de actuación procesal de la CNMC, es relación a la redacción del art. 29.1 LJCA⁴¹³.

En el art. 29.1 LJCA, se nos dice que solo aquellos que “tuvieran derecho” a que la administración realice “una prestación [obligación] concreta” pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Esto crea un problema de capacidad de actuación en el proceso de la CNMC frente a la Inactividad, pues solo los

⁴¹³ No ocurre lo mismo con el art. 29.2 LJCA en el que la CNMC puede actuar por tener un interés legítimo, aunque no tenga beneficio personal o subjetivo en ello. GÓMEZ PUENTE, M., *La Inactividad de la...*, op. cit., págs. 217 a 221, o PEÑALVER I CABRÉ, A., “Las pretensiones en el contencioso – administrativo para la efectiva protección de los intereses colectivos”, *Revista de Administración Pública*, 190/2013 (enero-abril), págs. 176 y ss.

que tuvieran derechos subjetivos pueden hacer uso de estas pretensiones⁴¹⁴. ¿Modifica en algo la regulación del procedimiento especial?

Nada se dice en la regulación de este procedimiento al respecto, por lo que debemos acudir a la cláusula de supletoriedad del art. 127 ter.10, y atendiendo a este hecho, nada cambia. Sin embargo, parece lógico pensar que la CNMC pueda actuar frente a esta inactividad cuando esta afecte al interés general que conlleva el sistema jurídico económico. Por supuesto, cuando sea el propio afectado, el que ostente el interés directo o derecho subjetivo quien le pida esta especie de amparo a la CNMC.

b) Recurso frente a la vía de hecho omisiva

La vía de hecho omisiva tiene similitudes importantes con la Inactividad, por lo que la pretensión es prácticamente la misma, la condena a la Administración oportuna a actuar. No obstante, tanto el art. 32.1 como el 29.1 de la LJCA habla de “obligaciones”, mientras que la vía de hecho omisiva nace, no de obligaciones concretas sino de deberes jurídicos.

Sin embargo, esta pretensión puede reconducirse por mediante el recurso contra la vía de hecho, obligando a la administración al cese de su actuación, en este caso omisiva (art 32.2 LJCA)⁴¹⁵. Incluso aduciendo la pretensión del reconocimiento de una situación jurídica individualizada.

c) Recurso frente a las actuaciones que constituyen una vía de hecho

⁴¹⁴ Sobre la legitimación para interponer recurso frente a la Inactividad descrita en el art. 29.1 LJCA, véase a GÓMEZ PUENTE, M., *La Inactividad de la...*, op. cit., págs. 217 a 221, que indica que el precepto exige un interés directo, “de modo que no bastaría un simple interés legítimo, individual o colectivo”. También PEÑALVER I CABRÉ, A., “Las pretensiones en el contencioso – administrativo para la efectiva...”, op. cit., págs. 176 y ss.

⁴¹⁵ NIETO GARCÍA, A., ofrece una solución similar, al decir que cuando el administrado no pueda pretender en cumplimiento de un deber de la administración por no encajar este en el supuesto del art. 29.1 LJCA, siempre cabe acudir al “interés legítimo que protege el art. 19.1 LJCA y que no hay razón para desconocer de los recursos de inactividad. [...] tengo derecho a la protección directa de los Tribunales, sin preocuparme de si mi pretensión entra o no en los estrechos cauces del art. 29.1. Porque si no entra por ahí, quedará cubierta por la formula residual de la vía de hecho omisiva” (“La vía de hecho omisiva”, op. cit., págs. 421 a 426.

En este caso, la pretensión de condena consiste en una declaración de que la actuación que constituya una vía de hecho sea “contraria a Derecho, que se ordene el cese de dicha actuación”, así como la adopción de las medidas necesarias para el restablecimiento de la legalidad.

En nuestro caso, la referencia a que la vía de hecho sea contraria a derecho, debe entenderse como contraria a la Unidad de Mercado, es decir, que afecte a las libertades que la integran.

A los efectos procesales, hay que tener en cuenta que hay determinadas actuaciones que constituyen vía de hecho, en los términos ya analizados, que la LPAC los categoriza como actos administrativos nulos de pleno derecho, que requerirán en su caso de la pretensión conjunta de anulación. Estos son los “actos” dictados “por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio” (art. 47.1 b) LPAC) y los que hayan sido “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados” (art. 47.1 e) LPAC)⁴¹⁶.

d) Pretensiones de reconocimiento de una situación jurídica individualizada

Mediante esta pretensión, se persigue la constitución o el reconocimiento, mediante una declaración judicial, de una determinada situación jurídica individualizada cuando esta no ha sido reconocida por la Administración competente. Es una pretensión

⁴¹⁶ Si bien es cierto que la jurisprudencia ha efectuado una interpretación restrictiva de los supuestos de nulidad de pleno derecho. Por ejemplo, pueden verse sobre el supuesto de incompetencia manifiesta las STS de 8 de octubre de 2012 (RC 4258/2009), STS de 20 de septiembre de 2012 (RC 4605/2010); sobre el supuesto de prescindir del procedimiento establecido STS de 8 de marzo de 2012 (RC 6169/2008, FJ 8º), STS de 9 de junio de 2011 (RC 5481/2008, FJ 5º), STS de 26 de julio de 2005 (RC5046/2000, FJ 6º), STS de 21 de enero de 2011 (RC 4107/2006, FJ 9º) o STS de 23 de febrero de 2016 FD 5º (RC 1306/2014).

Para un examen completo de estas concretas causas de nulidad absoluta, véase GARCÍA LUENGO, J., *La nulidad de pleno derecho de los Actos...*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, págs. 181 a 198 y 217 a 236.

reconocida tanto en el art. 31.2 como en el párrafo segundo del punto 6 del art. 127 bis LJCA.

Después lo visto hasta el momento, cabe preguntarse si la CNMC puede aducir esta pretensión en el procedimiento especial de Garantía de la Unidad de Mercado. Y lo cierto es que ocurre algo similar que en los casos anteriormente vistos.

Como hemos visto, la CNMC actúa como un órgano público de control, de fiscalizador de las actuaciones públicas que vulneran la Unidad de Mercado. Y es esta naturaleza, otorgada por la LJCA para este concreto procedimiento. También hay que tener en cuenta la naturaleza del propio procedimiento de garantía, el cual ya hemos visto que trata de garantizar la legalidad administrativa, pero también la efectividad de las libertades y derechos que configuran la unidad de mercado.

Es por todo ello que considero que la CNMC puede pretender del órgano jurisdiccional el reconocimiento la constitución de una situación jurídica individualizada, cuando así lo solicite el operador económico en su requerimiento a la CMNC, y cuando no lo solicite pero su reconocimiento permita retirar los obstáculos a las libertades que componen la Unidad de Mercado en beneficio del interés general que se quiere proteger.

Junto a esta, la LJCA permite aducir la pretensión de adopción de medidas adecuadas para el restablecimiento de la situación jurídica reconocida, entre los que figuran la indemnización por daños y perjuicios, incluidos el lucro cesante. Sin embargo, es reiterada la jurisprudencia en el sentido de solo permitir al perjudicado la solicitud de los daños y perjuicios. Es por ello, que queda vedado para la CNMC esta concreta pretensión, aun cuando la solicite el operador en su requerimiento a la CNMC.

CAPÍTULO V

La Legitimación de la CNMC en el procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado

1. INTRODUCCIÓN

La legitimación es un aspecto crucial en un proceso judicial. Desde luego también lo es en el procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado. Para este procedimiento, la LJCA contiene unas reglas especiales sobre la legitimación –creando así un régimen singular-, que afectan sobre manera a las funciones de la CMNC, en lo referente a la legitimación activa. En cuanto a la pasiva, se limita a mencionar que puede ostentarla “cualquier Administración Pública” (art. 127 bis 1 LJCA). La amplitud de este término ha de llevarnos a un análisis jurídico del mismo, con el fin de determinar realmente que Administraciones Públicas están incluidas.

Pero antes de entrar en esta materia, debemos detenernos en la propia legitimación como termino procesal.

1.1 ¿Qué es la legitimación procesal?

La legitimación procesal se ha dividido didácticamente en dos tipos: la activa y la pasiva. Si bien es cierto que la LJCA solo hace alusión a la legitimación sin más, sin distinguir entre ambas, también lo es que a efectos de estudio la distinción puede antojarse útil. No obstante, la legitimación pasiva se define y viene determinada en el proceso contencioso – administrativo, por contraposición a la legitimación activa. Es por ello que primeramente nos referiremos a ella, para finalmente hacer una reseña a la legitimación pasiva. Posteriormente, en los siguientes apartados analizaremos ambas posiciones del proceso especial de garantía de la unidad de mercado con mayor profundidad, especialmente la posición de la CNMC en el mismo. Por otra parte, también debemos distinguir entre legitimación directa e indirecta.

Pero antes, como decíamos, debemos dejar asentado que entendeos por legitimación, pues este es un concepto polisémico, que conviene definir e identificar con el fin de facilitar su estudio en esta parte de la tesis. Además, debemos acercarnos al concepto de capacidad procesal, pues ambos van de la mano⁴¹⁷.

a) Legitimación. Legitimación *ad processum* y legitimación *ad casuam*

Varias han sido las definiciones que se han dado desde la doctrina más autorizada, completadas por la concepción de la legitimación que ha venido siendo utilizada por el propio Tribunal Supremo⁴¹⁸. La jurisprudencia, ha definido la legitimación “como la capacidad para actuar en un concreto proceso”⁴¹⁹, y ha hecho la distinción entre la legitimación *ad causam*, la legitimación *ad processum*⁴²⁰.

Así, el Tribunal Supremo ha definido la legitimación *ad processum* como facultad de promover la actividad de los órganos jurisdiccionales, es decir, de promover o instar el proceso. Por su parte, la legitimación *ad causam* deviene del derecho o interés legítimo con el que se pone en marcha el proceso, es decir, la relación jurídica por la cual se tiene la facultad de intervenir en un proceso concreto. De forma más clarificadora se ha

⁴¹⁷ Para ver una diferencia jurisprudencia entre legitimación, capacidad procesal y capacidad para ser parte, véase, entre otras, la ilustrativa STS de 29 de octubre de 1986 (RA 1339), FD 1º.

⁴¹⁸ Véase GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso – administrativa (Ley 20/1998, de 13 de julio). Tomo I*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 446. Así, que definirá la legitimación como la aptitud de ser parte en un proceso concreto, mientras que la capacidad procesal es la aptitud genérica para ser parte en cualquier proceso. Esta definición es asumida igualmente por EMBID IRUJO, A., “Las partes”, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso – administrativa* (Dir. LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M.), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, págs. 147 y 148.

⁴¹⁹ Puede verse la STS de 29 de octubre de 1986 (RA 1339), donde el Tribunal expone y determina el contenido procesal de los términos “capacidad para ser parte”, “capacidad procesal”, “legitimación”, “legitimación *ad processum*” y “legitimación *ad causam*” (FD Primero).

⁴²⁰ MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el Proceso Civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre el)*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, donde el autor explica, entre otras cuestiones, el significado tradicional de estas expresiones –a la que añade la *legitimatío personae*–, haciendo una crítica, si bien somera, al uso actual de las mismas, que poco tiene que ver con su uso en la tradición del Derecho Procesal.

pronunciado el Alto Tribunal, la legitimación *ad causam* es la “atribución a un determinado sujeto de un derecho subjetivo reaccional, que le permite impugnar una actuación administrativa que él considera ilegal, y que ha incidido en su esfera vital de intereses, y la defensa de ese derecho requiere, como presupuesto procesal, que el acto impugnado afecte, por lo tanto, a un interés del recurrente”⁴²¹.

Puede observarse que la legitimación *ad processum* tiene gran similitud, convergiendo ambas figuras, con lo que se denomina igualmente como capacidad procesal (art. 18 LJCA) –mientras que la legitimación *ad causam* se identifica con la legitimación en sentido estricto (art. 19 LJCA)-, excepto en un caso concreto. Este es el de aquellos supuestos en los que el ordenamiento exige para litigar una determinada cualidad subjetiva u objetiva⁴²². Esto se da especialmente, pero no exclusivamente, en los procesos especiales, y como veremos más adelante, se da en el procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado.

Así, si bien una persona o Administración puede tener una capacidad procesal genérica, por no tener alterada su capacidad de obrar, puede que no pueda actuar en determinados procesos nominados, por no poseer determinada cualidad subjetiva y objetiva requerida.

Para clarificar los términos, podemos decir que la capacidad procesal es la condición que nos permite actuar, de forma genérica, ante los órganos jurisdiccionales. En segundo lugar, la legitimación *ad processum*, es la facultad de actuar procesalmente instando un proceso y la actividad de los órganos jurisdiccionales. Por último, la legitimación *ad causam* será la que nos permita actuar procesalmente como parte en un concreto

⁴²¹ STS de 25 de septiembre de 1989 (RA 1181) FD 1º; otras son STS de 26 de noviembre 1994 (RC 4392) FD 4º; STS de 21 de abril de 1997 (RA 11691/1991), FD 2º; STS de 27 de febrero de 2008 (RC 3397/2003), FD 2º y 4º; STS de 20 de noviembre de 2008 (RC 1927/2006) FD 2º; STS de 24 de noviembre de 2008 (RC 7710/2004) FD 2º, la cual igualmente, y mayor abundamiento, relaciona la legitimación *ad casuam* como “el presupuesto necesario para que se le pueda reconocer (al recurrente) el derecho al pronunciamiento que postula”.

⁴²² Esta distinción específica entre legitimación *ad processum* y capacidad procesal es observada por SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J. A. y FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Derecho Procesal Administrativo. Tomo II.*, Ed. Bosch, Barcelona, 2013, pág. 401 a 404.

proceso o procedimiento ya determinado, por ser parte de la relación jurídica litigiosa o tener interés legítimo.

b) Legitimación directa y legitimación indirecta.

La legitimación también se divide en legitimación directa o indirecta, en función de si quien litiga en el titular originario de la relación jurídica (derecho o interés) o no. De serlo, la legitimación será directa. De lo contrario, indirecta⁴²³.

1.2 Aproximación inicial de la legitimación de la CNMC en el proceso especial de garantía de la unidad de mercado

Analizados los planteamientos anteriores y las distintas clasificaciones que se formulan en torno a la figura de la legitimación, a continuación procederemos a analizar la legitimación de la CNMC en el proceso especial de garantía de la unidad de mercado, del art. 127 bis y siguientes LJCA.

En este sentido, las clasificaciones anteriores son de gran valor. Como veremos más adelante, la diferenciación entre legitimación *ad processum* y legitimación *ad causam* es interesante e importante para nuestro estudio, pues en este concreto proceso para la garantía de la unidad de mercado, se hará patente la utilidad académica, teórica y práctica de esta distinción. También lo es la diferencia entre capacidad procesal y legitimación *ad processum*. Es así, dado el complejo sistema de legitimaciones contemplado en la legislación, y que se determina en función de la fase del procedimiento en el que nos encontremos -recurso contencioso – administrativo y demanda-.

En cuanto a la clasificación entre legitimación directa y legitimación indirecta, esta diferenciación es igualmente importante y de gran interés en este estudio, pues la CNMC, por lo general, no será la titular de la relación jurídica litigiosa, pero si la única legitimada para la interposición del recurso especial de garantía de la unidad de mercado. En este caso cabe preguntarse si se trata de una legitimación directa o

⁴²³ Véase SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J. A. y FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Derecho Procesal Administrativo. Tomo II*, op. cit., pág. 404 y 405.

indirecta, lo cual entronca con la categoría de interés legítimo que demos a la unidad de mercado.

Para que el estudio sea completo, no solo debemos centrarnos en la legitimación de la CNMC –que será la labor principal-, sino también en si esta comparte y de qué modo la legitimación activa en el proceso. Por supuesto, no podemos dejar pasar la oportunidad de clarificar, no solo la posición activa del proceso en manos de la CNMC, sino la posición pasiva, con la finalidad de conocer contra cuales Administraciones puede actuar el mencionado organismo.

2. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

Como ya hemos tenido oportunidad de apuntar, la legitimación activa reconoce la capacidad jurídica para solicitar de los órganos jurisdiccionales la protección de sus derechos o intereses legítimos, posicionándose en el proceso como parte demandante.

No obstante, en el procedimiento jurisdiccional especial, la solicitud de protección judicial se divide, asemejándose al procedimiento contenciosos - administrativo ordinario, en dos fases: el recurso especial contencioso - administrativa, y posteriormente la fase de demanda. En ambas, la CNMC tiene un rol importante y en todo caso activo. Conviene entonces que estudiemos en papel de la CNMC en ambas fases del proceso. Pero antes, es debido contestar si la CNMC es un organismo con legitimación y capacidad procesal.

2.1 Legitimación de la CNMC como Autoridad Administrativa Independiente

Uno de los primeros elementos del análisis de la legitimación activa en el proceso especial de garantía de la unidad de mercado de la CMNC es la de determinar si es un ente con legitimación en general o también es especial este hecho.

Como ya hemos apuntado en el breve estudio de la CNMC que hemos hecho en el Capítulo II, este ente es un organismo público adscrito al Ministerio de Economía, con “personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada y actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y

plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado” (arts. 1 y 2.1 LCNMC). Pertenece, por sus características a los que se ha denominado Autoridad Administrativa Independiente.

A este tipo de organismos, la LJCA les reconoce una legitimación general para solicitar la intervención judicial contra una Administración cuando esta afecte al ámbito de sus fines (art. 19.1 g). Esta regla se basa en la teoría de la personificación de los entes Instrumentales⁴²⁴. La ley otorga personalidad jurídica propia a la CNMC (art. 2.1 LCNMC), dando así capacidad de actuación autónoma.

Esta regla solo tiene una excepción, y es que no pueden actuar contra la Administración de la que dependan, de lo que se conoce como Administración matriz (art. 20 c), excepción que no afecta a la CNMC por las siguientes razones:

- En primer lugar, porque se trata de una entidad a la que, como recoge el propio art. 20 c), la ley ha dotado de un “estatuto específico de autonomía” respecto de la Administración a la que se vincula. Todo ello debido a su propia naturaleza y funciones.
- Por otra parte, es la propia ley que rechaza la prohibición, reconociendo la legitimación de la CNMC para actuar incluso contra la Administración matriz. No nos adentramos mucho en esta cuestión, que se tratará con más detenimiento cuando hablemos de la legitimación pasiva, pero dejamos apuntado el hecho de que tanto la LJCA (art. 127 bis), como la LGUM (art. 27.1) no excluye a la Administración General del Estado, sino más bien, determina la actuación de la

⁴²⁴ Sobre la personalidad jurídica de las Autoridades Independientes –como una tipología de los que conocemos como Administración Instrumental-, puede leerse en cuanto a su origen y evolución, así como en las notas definitorias de la misma, ARIÑO ORTIZ, G., “La Administración Institucional: Origen y Personalidad”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 63/1970, págs. 85 a 130; BOTO ÁVAREZ, A., *La Administración Instrumental en el Proceso*, Ed. Reus, Madrid, 2011, págs. 189 a 191.

CMNC frente a “cualquier” actuación administrativa, procedente de “cualquier Administración Pública”⁴²⁵.

No obstante lo dicho, se ha de apuntar el hecho de que esta legitimación activa concreta en el ámbito de la unidad de mercado, no se introduce *ex novo* en nuestro ordenamiento, pues a mi juicio, la CNMC –y anteriormente la CNC- ya estaban investidas de legitimación suficiente.

Así, el art. 5.4 LCNMC permite a la CNMC “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”⁴²⁶. Ciertamente, se faculta a la CMNC para proteger o garantizar la competencia efectiva por vía judicial. Desde mi punto de vista, las actuaciones administrativas contrarias a la unidad de mercado, son actuaciones, todas ellas, que crean un obstáculo a la competencia efectiva en el mercado. Sin duda un obstáculo muy concreto y no creado por los intervinientes directos del mercado, pero un obstáculo en definitiva.

¿Por qué hacemos tal afirmación? Pues bien, la relación entre unidad de mercado y libre competencia es muy estrecha. La competencia en el mercado no se define solamente por la ausencia de prácticas contrarias a la misma, recogidas y definidas en la LDC (normas *Antitrust*), sino que va más allá. La competencia económica se encuadra dentro del marco de la economía de mercado y de la Libertad de empresa que propugna el art. 38 de la CE. Por su puesto, en nuestro sistema, a libre competencia también deriva del principio de igualdad de los operadores. Estos derechos y libertades –junto con las

⁴²⁵ Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo, en STS 921/2018, de 4 de junio, FD 2º (RC 438/2017) y STS 362/2019, de 18 de marzo, FD 2º (RC 1746/2016), admitiendo demandas contra la Administración General de Estado, en materia de unidad de mercado.

⁴²⁶ Tal potestad no fue introducida en la creación de la CNMC, pues en la regulación de la anterior CNC – art. 12.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), parcialmente vigente-, ya se encontraba que tal facultad fuera otorgada a este organismo predecesor.

libertades de circulación y de establecimiento- componen el Principio de unidad de mercado. Es por ello que poseen una fuerte interrelación.

Esa relación es reconocida incluso por el legislador en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia⁴²⁷, cuyo artículo primero reconoce que se considera alterada la libre competencia cuando la conducta afecte a la unidad de mercado. En consecuencia, cuando la actuación de una Administración afecte a la unidad de mercado esto afectará igualmente a la libre competencia.

Parece evidente, retomando lo anterior, que cuando una Administración obstaculiza indebidamente la actividad de un operador económico, por no aplicar algunos de los Principios que componen la unidad de mercado, ese mismo obstáculo, por serlo para su actividad en el mercado, lo es también para la competencia efectiva –no al contrario-.

En este sentido, la legitimación de la CNMC del art. 5.4 LCNMC, no solo permite la impugnación de la actividad administrativa que obstaculice la competencia de forma ilícita, por incumplimiento de lo establecido en la LDC (arts. 1 a 3), sino que se extiende a todas a aquellas actuaciones que, aun no incluidas en esta norma, puedan suponer un obstáculo no justificado a la competencia efectiva⁴²⁸.

Lo que sí es novedoso es el procedimiento especial, pues el supuesto contemplado en el art. 5.4 LCNMC se resolvía por un procedimiento ordinario.

2.2 Órgano de decisión dentro de la CNMC

Contemplado el hecho de la legitimación de la CNMC, debemos determinar quién o qué órgano dentro del organismo, toma la decisión de formular e interponer el recurso contencioso – administrativo de garantía de la unidad de mercado. Como ya hemos

⁴²⁷ BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2002. Referencia: BOE-A-2002-3590

⁴²⁸ Así lo expone BAÑO LEÓN, J. M., “Libre Competencia y Administración Pública” en *Derecho de la Regulación Económica*, vol. IX, Tomo II (Dir. MUÑOZ MACHADO, S. y ROBOLLO PUIG, M.), Ed. Iustel, Madrid, 2013, págs. 1256 a 1259, al decir que “la CNC no queda legitimada sólo para impugnar actos y disposiciones por motivo de la infracción de los artículos 1 a 3 LDC, sino que puede impugnar cualquiera disposición, si considera que puede tener un efecto obstaculizador de la competencia”.

mencionado en el Capítulo II, la CNMC ejerce sus funciones a través de un Consejo como órgano de gobierno, que bien puede funcionar en pleno o por salas.

En lo que se refiriere a la unidad de mercado, la LCNM y su Estatuto Orgánico⁴²⁹ –en adelante EOCNMC–, nada dicen sobre las nuevas atribuciones realizadas por la LGUM. Y en cuanto a esta última, tan solo hace mención a la CNMC, sin determinar nada sobre el funcionamiento de esta, ni formular modificación alguna en las normas que la regulan. Ello hace necesario que acudamos a la interpretación de las normas antedichas.

Entre las funciones que corresponden al Consejo de la CNMC, nos encontramos con este órgano puede acordar “la impugnación de los actos y disposiciones a los que se refiere el artículo 5.4 de esta Ley” (art. 20.10 LNMC y 12.2 EOCNMC). Este artículo, como ya hemos visto, se refiere a la legitimación de la CNMC para la impugnación de las actuaciones administrativas que afecten a la competencia, entendiendo dicha atribución igualmente a la decisión de impugnar actuaciones administrativas que afecten a la unidad de mercado.

Varias son las razones que nos conducen a esta conclusión. En primer lugar, tal afirmación deriva de la máxima de que “quien puede lo más puede lo menos”. Como decíamos *supra*, la vulneración de la libre competencia es más amplia y engloba la vulneración al propio Principio de unidad de mercado⁴³⁰. Dicho de otra forma, las actuaciones que afecten a la unidad de mercado, afectarán en todo caso a la libre competencia, pero no al contrario. Por esa razón, el órgano que puede decidir sobre la impugnación de las actuaciones administrativas contrarias a la Libre competencia, podrá decidir sobre la impugnación de las actuaciones administrativas que afecten a la unidad de mercado.

Por otra parte, la similitud de ambas atribuciones en orden de la legitimación para la impugnación de la actuación administrativa nos hace pensar en un régimen de decisión

⁴²⁹ Recogido en el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁴³⁰ Esto no quiere decir que el Principio de Unidad de Mercado esté integrado en el de la Libre competencia. Son Principios constitucionales Autónomos, aunque muy ligados entre sí. Lo que se integran entre sí, por su especial interrelación, son los resultados de su vulneración o afectación.

sobre la misma también similar. Sin embargo, no creo que estemos ante la aplicación análoga de esta regla, mediante el uso de la interpretación lógico-sistemática, en relación al art. 4.1 del CC, que recoge el supuesto en el que una norma puede aplicarse por analogía, y es cuando “estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

Más bien, a nuestro entender, no se trata de situaciones semejante, sino de una situación, la afectación a la unidad de mercado, subsumida en la afectación a la libre competencia. Por ello, las referencias que la normativa haga sobre la impugnación por parte de la CNMC de las actuaciones contrarias a la libre competencia, deben entenderse igualmente hechas a la impugnación de por parte de la CNMC a las actuaciones administrativas que afecten a la unidad de mercado, por el resultado de la interpretación restrictiva del contenido material del art. 5.4 LCNMC, pues no dejamos de hacer uso de su significación literal.

Como decíamos, es el Consejo de la CNMC el que tiene atribuida la función de impugnar las actuaciones administrativas que estamos estudiando, pero cabe hacerse dos planteamientos. Primero si es una facultad delegable, y segundo, si es una función del pleno del consejo o de alguna de sus salas.

En cuanto a la primera de las preguntas, el art. 14.1 LCNMC contesta de manera rotunda que esta función del Consejo es una función indelegable. Así dice textualmente que “En todo caso son facultades indelegables del Consejo [...] la impugnación de actos y disposiciones a los que se refiere el artículo 5.4 de esta Ley”. Por lo tanto, solamente el Consejo de la CNMC es competente para determinar la interposición del recurso especial de garantía de la unidad de mercado.

No obstante, y dicho lo anterior, el Consejo de la CNMC puede actuar en pleno o por alguna de sus salas. Al respecto, tanto el art. 21.2 a) LCNMC como el art. 12.2 a) del EOCNMC, reconocen la competencia del Pleno del Consejo para conocer de los asuntos que son indelegables por el Consejo, excepto el planteamiento del recurso especial que ahora analizamos. *A sensu* contrario, esta función pertenece a alguna de las Salas, pues es competencia del Consejo, no es delegable y no conoce del mismo el Pleno. Así lo

sanciona igualmente el art. 21.2 LCNMC, reconociendo que “las Salas conocerán de los asuntos que no estén expresamente atribuidos al Pleno”.

De nuevo la normativa sobre la CNMC en su conjunto no contempla el Principio de unidad de mercado y su garantía dentro de las funciones de ninguna de las Salas. Sin embargo, haciendo una interpretación conforme a la sistemática de funcionamiento y estructura de la CMNC podemos decir que, concretamente es la Sala de Competencia la que tiene atribuidas estas facultades de decisión y de impugnación.

Con todo y con ello, existe la posibilidad de que del asunto termine conociendo el Pleno del Consejo. Esta así contemplado por el art. 12.2 c) EOCNMC que permite al pleno recabar para sí –previa propuesta del Presidente o de tres miembros, y con el voto favorable de al menos seis miembros- aquellos asuntos que tengan “especial incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados o actividades sometidos a supervisión”.

2.3 Proceso de toma de decisión de la CNMC

La decisión de la CNMC puede provenir de su actuación de oficio, cuando tenga conocimiento de una actuación pública que pueda obstaculizar las libertades de circulación y de establecimiento o la igualdad de los operadores. En el caso de una actuación de oficio, la CNMC puede acudir directamente a la vía jurisdiccional⁴³¹, previo acuerdo del órgano competente (art. 58 LPAC)⁴³².

Sustancialmente diferente es el caso de que la actuación venga peticionada. En este caso, la CNMC tiene un plazo de cinco días hábiles para tomar en consideración la petición e informar al peticionario sobre el resultado de la misma.

⁴³¹ Tratándose de un proceso interadministrativo, el art. 44 LJCA prevé la posibilidad de un requerimiento previo a la Administración contra la que se actúe para que actúe –o deje de actuar- conforme a derecho. En cualquier caso, este requerimiento es potestativo.

⁴³² Este acuerdo es un acto de trámite, no susceptible de recurso independiente del acto que resuelva, como recuerda PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, Ed. OPEN, Madrid, 2013, págs. 139 y 140.

Sobre esta petición, que según la redacción del art. 26.8 LGUM –también el art. 27.2 LGUM- parece estar reservada a los operadores económicos y a las organizaciones representativas de estos, la D.A Quinta de la LGUM manifiesta que realmente nos encontramos ante una legitimación universal⁴³³, de tal forma que cualquier persona – en todas sus formas de derecho- podría solicitar la actuación de la CNMC al respecto.

Esta misma DA Quinta LGUM rúbrica con la expresión Derecho de Petición, pero ¿realmente esta solicitud a la CNMC puede tener naturaleza jurídica de petición? El Derecho de Petición es un Derecho reconocido como fundamental en la Constitución de 1978 y regulado y desarrollado por medio de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición (LORDP)⁴³⁴. Y es respecto al párrafo segundo, del art. 3 de esta misma Ley del cual puede nacer esta duda, pues su dicción es como sigue: “No son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado en la presente Ley”.

Y este es el supuesto de hecho que se da con la LGUM, la cual establece un procedimiento específico para la petición a la CNMC. Las diferencias con el regulado en la LRDO son sustanciales, por ejemplo en el régimen de inadmisión, que en caso del uso del Derecho de Petición puede ser recurrido, mientras que en la decisión de la CNMC no, o en los plazos de resolución, que en primer caso es de tres meses y en el segundo de cinco días hábiles.

Pero incluso es diferente su propia naturaleza y su función dentro del ordenamiento. El Derecho de Petición nace como un derecho de los ciudadanos de requerir cierta actuación de los poderes público dentro de su derecho de participar en los asuntos

⁴³³ Coincido con SANTAMARÍA PASTOR, que rechaza la terminología de la LGUM, que denomina “acción pública” a lo que en realidad constituye una legitimación universal para solicitar la actuación de la CNMC dirigida a los órganos jurisdiccionales frente a actuaciones contrarias a la Unidad de Mercado. (SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “En contencioso de la Unidad de Mercado”, en la *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014, págs. 953 y 954.

⁴³⁴ BOE núm. 272, de 13 de noviembre de 2001. Ref. BOE-A-2001-21090.

públicos, sobre pretensiones de naturaleza graciable⁴³⁵. Sin embargo, el supuesto de la LGUM se asienta en pretensiones nacidas de derechos e interés legítimos⁴³⁶. Por lo tanto, personalmente desecho la idea de que se trate de una manifestación del Derecho de Petición.

Entonces ¿cuál es la naturaleza jurídica de la solicitud presentada ante la CNMC? La denominación legal no ofrece una respuesta concluyente y pacífica. Más bien hace uso de diferentes terminologías que pueden confundir lo que realmente es. Así, encontramos que se le nombra como solicitud, petición, denuncia y derecho de petición (arts. 27.3, 27.4, 27.5 y 27.6 LGUM).

Los operadores, y como hemos visto cualquier persona, se pueden comunicar con la Administración de diferentes formas de escritos⁴³⁷. Descartados aquellas formas que requieren de un procedimiento ya iniciado, o al menos una actuación anterior relacionada material o formalmente de la misma Administración a la que nos dirigimos, debemos decir que el escrito remitido a la CNMC es un requerimiento de los contemplados en el art. 66 LPAC como solicitudes, que GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.,⁴³⁸ definen como “peticiones que pretenden ampararse

⁴³⁵ Así se recoge en la STC 242/1993, de 14 de julio, FJ 1; y STC 108/2011, de 20 de junio, FJ 6. Véase también la exposición que al respecto realiza SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte general*, Ed. Tecnos, Madrid, 2016, pág. 504.

⁴³⁶ En el mismo sentido, COLOM PASTOR, B. advierte del hecho de que, ante el caso de irregularidades o anomalías en la actuación de la Administración, supuesto contemplado en la derogada Ley 92/1960, de 22 de diciembre, reguladora del derecho de petición –art. 10.2-, la misma norma derivaba al régimen de la solicitud de iniciación de procedimiento a instancia del interesado, excluyendo por ello el propio de Derecho de Petición, por razón de que los ciudadanos actúan como titulares de derechos o intereses legítimos, por ser “peticiones fundadas en derecho” (COLOM PASTOR, B., *El Derecho de Petición*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 29 a 37).

⁴³⁷ En este apartado nos serviremos de la clasificación de actos jurídicos del administrado expuesta por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-R., *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II.*, Ed. Civitas, Pamplona – Navarra, 2015, págs. 97 a 101. Los autores distinguen entre peticiones, solicitudes, aceptaciones, contratos, convenios, recursos, reclamaciones, renunciaciones, comunicaciones, declaraciones, opciones, requerimientos e intimaciones.

⁴³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ TOMÁS-R., *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II.*, op, cit., pág.

en una norma material cualquiera, pretendiendo una aplicación de la misma en favor del solicitante o de otra persona” La denuncia es un escrito que permite a la administración actuar de oficio (art. 58 LPAC), no a petición del interesado. Por lo tanto, si bien cabe presentar una denuncia ante la CNMC, esta no tendrá más efecto que la de poner en su conocimiento los hechos, para que esta decida si actúa de oficio o no. Sin embargo, cuando actúe a petición del interesado, que es el supuesto que analizamos, lo hará por haber cursado este una solicitud *strictu sensu* –o requerimiento–.

Sin embargo surge una cuestión de interés sobre este requerimiento, y es si con el mismo se inicia un expediente administrativo en el que el interesado para a ser parte o no. Para responder a tal cuestión, es necesario resolver la cuestión de la coercibilidad del acuerdo finalmente adoptado por la CNMC.

El régimen general de los actos y resoluciones de la CNMC se establece en el art. 36 LCNMC. Respecto a las decisiones de las Salas del Consejo, se dice que “Los actos y resoluciones del Presidente y del Consejo, en pleno y en salas, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictados en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa y no serán susceptibles de recurso de reposición, siendo únicamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa”.

Pero ¿es este nuestro caso? En mi opinión, tenemos elementos suficientes para que podamos sacar conclusiones que ayudan a despejar la incógnita. Y todo parece indicar que la resolución de la CNMC sobre el requerimiento para su actuación es recurrible según el régimen descrito, en la jurisdicción contenciosa – administrativa, lo cual no quiere decir que sea ventajoso. Por otra parte, también existe argumentación a favor de la no coercibilidad. Veamos algunas razones. Analicemos estos puntos.

a) Contenido de su propia regulación

Como indicábamos *supra*, la LCNMC establece que las resoluciones del Consejo y de las Salas son firmes en vía administrativa y, contra ellas, solamente cabe el recurso contencioso–administrativo. Se aparta de la regla general del Derecho administrativo solamente en que se veta expresamente la posibilidad de recurrir en reposición, pero no prohíbe el recurso contencioso, recurso que como veremos está amparado por el

texto constitucional y por la Disposición Adicional Cuarta LJCA, en los puntos 3 y 5, que indica que son recurribles “Las resoluciones y actos del Presidente y del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercado y de la Competencia [...]” y “Los actos y disposiciones dictados por la [...] Comisión Nacional de los Mercado y de la Competencia [...]”.

Dado que dentro de este elenco de actos y disposiciones, se encuentra el que nos ocupa ahora, este también debe ser el régimen que aplicar a la decisión tomada en respuesta al requerimiento del operador a la CNMC enunciado en el art. 27 LGUM, pues no se impone más limitaciones que las ya dichas. Y lo que el derecho no prohíbe al particular, se lo permite.

Por otra parte, la aplicación de los Principios que rigen el procedimiento administrativo apoya esta idea. Podemos mencionar el Principio de *in dubio pro actione*. Este principio no solo se aplica al procedimiento administrativo, sino que tiene una gran relevancia en el acceso al pronunciamiento judicial⁴³⁹. Así, este Principio exige la interpretación favorable de la norma, con el fin de favorecer la actuación del interesado, en nuestro caso, no obstaculizar la interposición del recurso contencioso – administrativo. Cierto es que las normas procedimentales y procesales de la LGUM, LCNMC y LJCA nada dicen sobre esta concreta cuestión, y es por ellos que, ante la duda de si cabe o no la interposición de recurso contencioso – administrativo, debemos aplicar el principio e interpretar que la norma lo permite.

También podemos mencionar el Principio de recurribilidad de la actuación administrativa, en relación al Derecho de Tutela Judicial efectiva. Este Principio deriva de la misma CE, que establece en su art. 106 que toda la actuación de la Administración puede ser sometida al control judicial. De lo contrario, de quedar vedado al control judicial ciertas actuaciones administrativas, se validaría la arbitrariedad de la Administración, por el mismo ordenamiento que la prohíbe (art. 9 CE) La CNMC forma parte de aparato administrativo del Estado, y sus decisiones son igualmente

⁴³⁹ Véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional, entre otras, STC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5º; 58/1995, de 10 de marzo, FJ 2º; STC 138/1995, de 14 de octubre, FJ 2º, STC 63/1999, de 26 de abril, FJ 2º y el Auto de este mismo Tribunal ATC 24/2004, de 26 de enero, FJ 2º, que expone con oportunidad la doctrina asentada por las sentencias anteriores y extrae las consecuencias de la aplicación de tal doctrina.

controlables por la justicia, por aplicación de este Principio propio del Estado de Derecho.

La acción de la CNMC persigue la protección del interés público, en este caso materializado en el Principio de unidad de mercado. Es por ello que tiene poder para actuar por el operador, un poder que es, a su vez, un deber una vez que la misma autoridad constata la infracción de este interés público.

Si la CNMC rehúsa formular el recurso, el operador que vea mermados sus derechos y libertades económicos, se ve obligado a acudir a la protección jurisdiccional ordinaria y a su coste. Esto crea unos evidentes perjuicios al operador, de los cuales enumeramos algunos:

- En primer lugar, y el más evidente, es el coste del procedimiento ordinario, que corre a cuenta del propio operador, mientras que con el procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado, salvo haciendo uso del derecho de personación, es gratuito, pues la CNMC actúa por él.
- En segundo lugar surgen perjuicios por el trascurso de los plazos. En el procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado, que es preferente y con plazos inferiores, la resolución jurisdiccional se dictara con mayor antelación a si se siguen los trámites del procedimiento ordinario o incluso el abreviado⁴⁴⁰. Si la actuación de la administración termina siendo contraria a las libertades económicas, esta vulneración se dará por el menor tiempo posible.

⁴⁴⁰ Así, en el recuadro podemos ver las diferencias de plazos en los trámites obligados, una vez presentado el recurso contencioso – administrativo, cuyo plazo común es de dos meses:

TRÁMITE	RECURSO ESPECIAL UM	PROC. ABREVIADO	PROC. ORDINARIO
Solicitud de expt.	Mismo día o día siguiente a presentación del recurso.	No se establece plazo.	No se establece plazo.

- Dándose las circunstancias anteriores, hay que añadir el posible perjuicio económico de los operadores. No solo se producen por los gastos del proceso ordinario, sino la dilación del mismo respecto al procedimiento especial o la prestación de la garantía suficiente el caso de solicitud de medidas cautelares. Esto puede provocar un menoscabo en las finanzas del operador, al verse privado del uso con libertad de ciertas cantidades monetarias, pero también crear un perjuicio económico directo que puede ocasionar la actuación administrativa

Envío de expt. por Admon.	5 días. En caso de no recibirse, el procedimiento judicial prosigue de oficio.	15 días anteriores a la celebración de vista, si la hubiera. De no haberla, debe acompañarse con la contestación a la demanda, en el plazo de 20 días.	20 días, más otros 10 días si hay reiteración de requerimiento judicial. Puede proseguir previa petición del recurrente.
Presentación de demanda	10 días desde recepción de expt. y notificación.	No aplica, se inicia con demanda.	20 días una vez notificada la recepción de expediente
Contestación a demanda.	10 días desde recepción de demanda.	En vista oral, y si no la hubiera 20 días desde recepción.	20 días desde recepción de demanda.
Recibimiento a prueba (juicio).	Se decide al día siguiente y se practica en plazo no superior a 20 días.	Potestad del Juez. De darse, se aplica el régimen general del ordinario.	No se establece plazo para decisión, pero una vez tomada se ha de practicar en los siguientes 30 días.
Juicio o Conclusiones.	Regulación supletoria de las normas generales de la LJCA.	No se establece plazo para celebración Juicio y no aplican las Conclusiones.	Para conclusiones se conceden 20 días para presentar alegaciones finales (10 para el demandante y sucesivamente, 10 para el demandado). Para fecha de vista no hay plazos.
Sentencia	5 días desde conclusión.	10 días desde conclusión, extensibles por el Juez.	10 días desde conclusión, extensibles por el Juez.

contraria al Principio de Unidad de Mercado, por ejemplo al impedir su establecimiento o la circulación libre de sus servicios o mercancías, y que podría verse aumentado –por el tiempo mayor a transcurrir en un proceso ordinario y por la no suspensión automática-, con la decisión desestimatoria de la CNMC

b) Dicotomía entre procedimiento de oficio o a instancias del interesado

Como hemos visto, la CNMC puede actuar de oficio, mediante el correspondiente acuerdo, o a instancia de parte, mediante un requerimiento cuya resolución ha de ser comunicada a quien insta.

La LGUM contempla ambas opciones y las da por válidas. Siendo así, carecería de sentido la solución de la no coercibilidad de la resolución dada al requerimiento, pues el resultado de presentar una denuncia y un requerimiento es el mismo. No habría diferencia entre que la CNMC actúe de oficio o a instancia del interesado.

Sin embargo, el hecho de que la LGUM contemple la posibilidad de que la CNMC actúe de oficio o a instancia de parte, produce una diferencia sustancial. La denuncia y el requerimiento –o solicitud de iniciación- son dos conceptos diferenciados y con consecuencias y efectos que también difieren uno de otro⁴⁴¹.

Por una parte, la denuncia no obliga a una actuación concreta a la CNMC –ni a la Administración en general-. De tal forma que esta puede o no, iniciar el procedimiento tras la valoración de los hechos. Sin embargo, el requerimiento o solicitud si obligan a la CNMC a tramitar el procedimiento. También difiere el régimen del cómputo de plazos, siendo que con la denuncia no hay plazo para la decisión, mientras que en el caso de la solicitud de iniciación, como hay obligación de tramitar y concluir el procedimiento, el plazo para tomar una decisión - de 5 días (art. 27.3 LGUM)- empieza a contar desde que la solicitud tiene entrada en el registro de la CNMC.

⁴⁴¹ Sobre las diferencias tanto conceptuales como de efectos en los procedimientos iniciado de oficio o a instancia del interesado, véase, SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte general*, op. cit., págs. 499 y 500 y SANTAMARÍA PASTOR, J., A., *Principios de Derecho Administrativo General, Vol. II.*, Ed. Iustel, Madrid, 2015, págs. 46 a 53.

En consecuencia, si el legislador hubiese querido que la decisión de la CNMC no fuese recurrible, habría podido determinar –dado que no es un procedimiento obligatorio y excluyente, de tal forma que la decisión de la CNMC no genera una desprotección jurisdiccional- un régimen exclusivo de denuncia y de actuación de oficio, excluyendo la opción de la iniciación por requerimiento del operador. Habiendo optado por el sistema dual de inicio del procedimiento, se ha de asumir todas las consecuencias, incluida la de que la resolución de la CNMC puede ser recurrida ante la jurisdicción contenciosa – administrativa.

c) Carácter Supletorio de la LPAC

En cualquier caso, la LPAC es norma supletoria. Así lo reconoce tanto el art. 2.2 LCNMC como el art. 2 y la DA 1ª LPAC. Así, el art. 123 LPAC dice que “Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”.

La LCNMC rechaza la posibilidad de interponer un recurso de reposición, pero no hace lo mismo con el recurso contencioso – administrativo. Es un recurso que habilita, entre otros, y como analizamos en este epígrafe, la legislación supletoria del procedimiento administrativo, por lo que debemos entender que el recurso a la jurisdicción es plenamente operativo para las resoluciones de la CNMC.

d) Argumentos que aducen que la decisión de la CNMC no es recurrible en la jurisdicción contenciosa administrativa

Conviene dedicar algunas líneas a analizar los argumentos sobre los que se basa la afirmación de que la decisión de la CNMC respecto a iniciar el proceso especial de garantía de la Unidad de Mercado no es recurrible, a su vez, en vía contenciosa – administrativa.

Uno de los argumentos de más calado es el del hecho de que esta decisión no deja indefensos a quienes formulan en requerimiento⁴⁴². El art. 27.5 LGUM ordena la interrupción del plazo para recurrir la actuación de la administración que se considera contraria a la Unidad de Mercado en un procedimiento ordinario, hasta el momento en que la CNMC comunique la decisión. Se deja así a salvo el derecho del requirente a la tutela judicial efectiva respecto a la actuación obstaculizadora de las libertades económicas, pero esta vez en un proceso ordinario.

Comparto esta afirmación con las salvedades expuestas. No obstante, cuando ya se ha dado la negativa de la CNMC a iniciar el proceso judicial especial, el derecho o interés proteger muta. Nos encontramos ante dos decisiones, la de la administración que actúa contra la unidad de mercado y la CNMC, que si bien ambas tienen potencialidad para ser contrarias a derecho, no lo son por el mismo motivo. En el primer caso, se solicita del Juez o Tribunal que ampare las libertades económicas que integran la unidad de mercado del operador. En el segundo, ese ya no es la causa de impugnación, sino que lo es la toma de una decisión formal o materialmente contraria a las normas que regulan a la CNMC en sus funciones y procedimiento. Por lo tanto, nace una lesión *ex novo* de los derechos de quien reclama la actuación de la CNMC.

Por lo tanto, si bien es cierto que queda a salvo el derecho del recurrente para acudir a la jurisdicción buscando la protección de sus derechos y el levantamiento del obstáculo a sus libertades en relación a la unidad de mercado, también lo es que este hecho no protege al requirente de la actuación *contra legem* de la CNMC. El argumento es admisible en sí mismo, pero no prejuzga la posibilidad del recurso contra la decisión de la CNMC.

⁴⁴² Este argumento es desarrollado por SANTAMARIA PASTOR, J. A., “El contencioso de la Unidad...”, op. cit., pág. 953. Previamente, el mismo autor admite, sin embargo, que quizás cabe la interposición de recurso contencioso – administrativo contra la resolución de la CNMC en el caso de que esta “entra en el fondo y declara que la medida no vulnera la Unidad de Mercado”, asumiendo posteriormente el argumento anteriormente expuesto, en SANTAMARIA PASTOR, J. A., “El contencioso de la Unidad de Mercado”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 87/2013, (septiembre – diciembre), págs. 51 a 93.

e) Entonces, ¿es la decisión de la CNMC recurrible en la jurisdicción contenciosa – administrativa o no?

En mi opinión, y tras el estudio efectuado, he de decantarme por la posibilidad de que el requirente pueda formular recurso contencioso – administrativo contra a decisión de la CNMC, si bien como dije anteriormente, esta opción, francamente será poco ventajosa, salvo en los casos de vicios del procedimiento de adopción de acuerdos, en cuyo caso, la resolución tiene opciones de cambio (art. 47.1 e) LPAC).

Decimos esto por dos razones. Una, es que en relación a la protección de la unidad de mercado, en nada ayuda. El art. 27.5 LGUM nos dice que el plazo para “interponer un recurso contencioso-administrativo ordinario por parte de los operadores que hayan presentado su solicitud a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia quedará suspendido hasta que ésta le comunique su decisión”, pero no más allá en el tiempo. Por ello, aunque el operador entienda que la decisión de la CNMC es contraria a derecho, debe el mismo interponer recurso frente a la actuación primaria contraria a la unidad de mercado en la jurisdicción ordinaria, pues se levanta la suspensión del plazo. Porque, incluso en el hipotético caso de que un Tribunal estimará la decisión de la CNMC como incorrecta –como veremos por arbitraria-, el plazo de esta para interponer el recurso especial contra la actuación originaria también habría prelucido (art. 127 bis.2 LGUM)⁴⁴³.

La segunda es que nada garantiza una resolución judicial favorable al operador por entrar en el tablero de juego la discrecionalidad administrativa. La resolución de la CNMC es un acto discrecional⁴⁴⁴, por cuanto la CNMC tiene margen de consideración amplio acerca de si la actuación es contraria o no a las libertades económicas de

⁴⁴³ Este escollo tan solo podría solventarse mediante el instituto de la litispendencia o la prejudicialidad, según la regulación que de las mismas, hacen la LEC y a LJCA.

⁴⁴⁴ Por su parte, DESDETANDO DAROCA, E., “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 84/2009, págs. 85 a 133, habla de un estadio intermedio “ni plenamente reglado, ni claramente discrecionalidad”, un tercer supuesto al que ella llama “discrecionalidad instrumental o débil (o reglado débil, que es lo mismo), cuya diferencia con la discrecionalidad fuerte radica en la ausencia de un poder de elección propio al titular de la potestad” (págs. 89 y 90). Quizás esta potestad de la CNMC se encuentre más cerca de esta discrecionalidad instrumental que de la discrecionalidad fuerte.

establecimiento y de circulación⁴⁴⁵. No solo tiene margen, si no que se trata de una facultad de la CNMC, y no de una obligación⁴⁴⁶.

Pero lo dicho, no es óbice para que la resolución de la CNMC deba estar suficientemente motivada, ni para la intervención judicial. No obstante, esta intervención se limita, como recuerdan GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., a la realización por parte del órgano judicial de un doble test, primero el de *racionalidad* y posteriormente el de *razonabilidad*⁴⁴⁷.

En aplicación del test de racionalidad, el Tribunal, deberá comprobar cuatro extremos:

- Que la Administración ha respetado los hechos, el relato fáctico.
- Determinar si por la administración se han tenido en cuenta o no factores jurídicamente relevantes, o si la misma ha introducido en su valoración factores jurídicamente no relevantes.
- Se la Administración ha realizado la debida ponderación del valor que el ordenamiento jurídico da los factores descritos en el punto anterior.
- Si estos tienen el mismo valor jurídico, se ha de analizar el razonamiento que lleva a la Administración a tomar opción por uno de esos factores, determinado

⁴⁴⁵ Sobre las diferencias entre potestades regladas y potestades discrecionales, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-R., *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I.*, Ed. Civitas, Pamplona-Navarra, 2015, págs. 492 a 496.

⁴⁴⁶ En este sentido, es interesante la exposición de TORNOS MAS, J., “Discrecionalidad e intervención administrativa económica”, en *Discrecionalidad administrativa y control Judicial* (Coord. Hinojosa Martínez, E., y González-Deleito Domínguez, N.), Ed. Civitas y Junta de Andalucía, Madrid, 1996, págs. 391 a 410. Allí explica con claridad que la estructura normativa en materia económica difiere de la general, siendo necesario por ello “un necesario replanteamiento de las técnicas de reducción de la discrecionalidad” (pág. 403 y siguientes). En nuestro caso, en orden a su clasificación, nos encontraríamos, según expone el autor, ante una norma que establece un primer nivel de discrecionalidad, al recurrir a la expresión “podrá” (pág. 406 en relación al art. 127 bis 1 LJCA). Podrá como facultad o como capacidad/legitimación) papel activo de la CNMC

⁴⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-R., *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I (2015)*, op. cit., págs. 517 a 523.

si adolece de lógica o si no guarda relación con los hechos que configuran la realidad de las cosas.

Si el resultado de este test es negativo, la actuación de la Administración, el juzgador habrá de proceder a su anulación. Si por el contrario el resultado es positivo, se ha de proceder a efectuar el test de razonabilidad. El test de razonabilidad estudiará si la actuación administrativa tiene la “aptitud objetiva” para lograr el fin que establece la norma, y si a su vez esta es proporcionada⁴⁴⁸.

En cualquier caso, la autoridad judicial podrá conocer de la decisión de la CNMC los elementos enunciados, pero está limitada en el conocimiento del fondo de la decisión de la CNMC, sustituir a la Administración y determinar el “contenido discrecional de los actos anulados” (art. 72.2 LJCA).

Si bien la doctrina y la jurisprudencia han moderado esta afirmación, fijando los supuestos donde si cabe que el Tribunal se posiciones en el lugar de la Administración⁴⁴⁹,

⁴⁴⁸ Para TORNOS MAS, J., en “Discrecionalidad e intervención administrativa...”, op. cit., págs. 407 y 408, se resume en la siguiente expresión: “El recurso a los principios generales de racionalidad y proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad permitirá anular la decisión irracional, la manifiestamente desproporcionada, aquella en la que, como nos enseñó hace tiempo la jurisprudencia francesa, exista error manifiesto de apreciación. En esta misma línea, la falta de motivación puede equipararse a decisión arbitraria”.

⁴⁴⁹ DESDETANDO DAROCA, E., “La motivación de los actos administrativos...”, op. cit., págs. 85 a 133, concretamente en la pág. 128, donde esclarecedoramente dice: “Cuando en la toma de la decisión subsiste un margen de discrecionalidad —un contenido discrecional— al seguir siendo posible la elección entre diferentes alternativas igualmente lícitas, los órganos jurisdiccionales no pueden ir más allá de la anulación del acto. Sin embargo, en los casos en que ese margen, debido a las circunstancias del caso y al curso del proceso, haya desaparecido se habrá producido una reducción a cero de la discrecionalidad que permita identificar una única solución lícita que, obviamente, abren la vía a la sustitución de la decisión por parte del juez o tribunal”. También GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-R., *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I.*, op. cit., págs. 523 a 526, y BOUAZZA ARIÑO, O., “De nuevo sobre el control judicial de la discrecionalidad de la administración al hijo de la infracción en el ejercicio de la jurisdicción como fundamento del recurso de casación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 202/2017 (enero – abril), págs. 178 a 191, quien hace un ilustrativo repaso por las opciones judiciales a la luz de la reciente jurisprudencia.

tal prescripción tiene su razón de ser en nuestro concreto ámbito. El fondo de la decisión de la CNMC es determinar si la actuación administrativa litigiosa es o no contraria a la Unidad de Mercado. De esta precisión depende, en gran medida, la resolución que el ente de a la solicitud del interesado. Pues bien, el tribunal podrá determinar que la CNMC dictó una resolución falta de racionalidad o de razonabilidad, y en consecuencia anularla, pero no podrá determinar cuál debe ser el sentido de la resolución sobre la interposición del recurso, porque supondría determinar de antemano que la actividad litigiosa previa es contraria a la unidad de mercado. Con ello se vulneración los derechos de defensa de la Administración actuante, que vería como el mismo órgano jurisdiccional que conoce del recurso especial de garantía de la unidad de mercado prejuzga, sin ser ella parte del procedimiento, la legalidad de su actuación.

Además, el ejercicio del derecho de tutela judicial, no puede ser obligado por el propio tribunal. No solo eso, sino que estaría asumiendo una potestad que está encomendada a la Administración –integrada en el Poder Ejecutivo- y no al Poder Judicial, pervirtiendo la debida división de poderes.

2.4 Validez y eficacia de acuerdo y su resolución

Con relación al punto anterior, es posible que la decisión de la CNMC también puede adolecer de falta de validez o de eficacia.

a) Aspectos formales

Lo primero que debemos establecer en este apartado es cuando se entiende válidamente constituida la sala, pues de ello dependerá en gran medida la validez jurídica de sus decisiones y resoluciones⁴⁵⁰, tanto si se toman de oficio o a instancias del interesado.

⁴⁵⁰ En relación al “funcionamiento del Consejo, incluyendo el régimen de convocatorias y sesiones del pleno y de las salas y el procedimiento interno para la elevación de asuntos para su consideración y su adopción”, el art. 26.4 LCNMC y el 7.2 EOCNMC establecen que la CNMC debe aprobar su propio “Reglamento de funcionamiento interno”. No obstante, dado que este todavía no ha sido aprobado, debemos atenernos en esta materia al derecho positivo vigente contemplado en la LCNMC, EOCNMC y de forma general, como legislación básica a la LRJSP. Sobre este particular, en cuanto al carácter de

En primer lugar debemos conocer el régimen de convocatoria de la junta o reunión donde se debe tomar la decisión sobre la interposición del recurso especial de garantía de la Unidad de Mercado por parte de la CNMC. La convocatoria se realiza por el Presidente, bien a petición de la mitad de sus miembros –es decir, de al menos 3- o por propia iniciativa (art. 18.3 LCNMC). Esta convocatoria se notifica a todos los miembros de la Sala, junto con el orden del día, con al menos dos días de antelación a la celebración de la sesión (arts. 19.3 a) LRJSP)⁴⁵¹.

regulación básica de los órganos y del procedimiento colegiado que hace la LRJSP, resulta adecuada la lectura de CARBONELL PORRAS, E., *Los órganos colegiados. Organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*, Ed. BOE y CEPC, Madrid, 1999, págs. 56 a 71, la cual defiende que se trata de legislación básica, si bien hace la oportuna distinción entre legislación básica del régimen jurídico de los órganos colegiados y el procedimiento colegiado que se integra en el régimen del procedimiento administrativo común. También defienden el carácter básico de la legislación estatal sobre órganos colegiados, contenida hoy en la LRJSP, PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 127 y 128; DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., “Los órganos colegiados en la Ley 30/1992”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 266/1995, págs. 359 a 369, y págs. 372 donde reconoce que el carácter básico es extensible a la Administración Institucional. Por otra parte, GONZÁLEZ PÉREZ J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. Civitas, Navarra, 2012, págs. 596 y 597 y GARRIDO FALLA, F. y FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M^a, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de las Leyes 30/1992 y 4/1999)*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 62 a 64 y 101 a 102, no rechazan el carácter básico, si bien aluden a la STC 50/1999, de 6 de abril, que declaraba que algunos puntos de la regulación relativa a los órganos colegiados de la antigua LRJAP-PAC no tenían carácter de básicos, puntos que no se recogen en la actual regulación. De esta forma, sería básica y parcialmente supletoria en aquellos puntos. Otros autores, por el contrario, han defendido que se trata de legislación supletoria, y no básica. Así, COBO OLVERA, T., *Régimen jurídico de las administraciones públicas: análisis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reformada por la Ley 4/1999, de 13 de enero: (estudio normativo, doctrinal y jurisprudencial)*, Ed. La Ley, Madrid, 2002.

⁴⁵¹ Apunta CARBONELL PORRAS E., que la convocatoria, además del orden del día, debe tener un contenido mínimo, comprendiendo “todos los datos objetivos necesarios para que los miembros estén en disposición de contribuir a la decisión colegida [...] debe especificar dónde y cuándo se reunirá el órgano colegiado, señalando al efecto el lugar, el día y la hora se la sesión”. (*Los órganos colegiados. Organización, funcionamiento...*, op. cit., págs. 115 a 120).

La Sala de Competencia –también la de Supervisión regulatoria- se compone de cinco miembros, por lo que la decisión de interponer o no el recurso especial corresponden a estos cinco miembros de manera conjunta. Como órgano colegiado está sometido a un régimen de constitución específico. Así, la Sala se entiende válidamente constituida cuando asisten a la reunión su Presidente –que lo es de la propia CNMC-, su Secretario –que no tiene voto- y al menos dos consejeros distintos al Presidente (art. 18.4 LCNMC)⁴⁵². Es decir, se requiere un quorum de asistencia de tres de los cinco miembros, lo que supone un 60% de asistencia⁴⁵³.

Una vez que la Sala está válidamente constituida, debemos analizar el sistema de toma de decisión. Y en primer lugar, debemos advertir de la necesidad de que la toma de decisión sobre la interposición del recurso especial debe estar contemplada entre los asuntos del orden del día con la excepción prevista para los casos de urgencia (art. 17.4 LRJSP). Por otra parte, el acuerdo se toma por el voto favorable de la mayoría⁴⁵⁴ (art. 17.5 LRJAP) permitiendo que los que no estén de acuerdo formulen un voto particular por escrito y en el plazo de dos días, voto que deberá aparecer en el texto aprobado, es decir, en la resolución (art. 18.5 LRJSP).

b) Aspectos materiales

A la hora de tomar la decisión, conviene que nos preguntemos si la decisión de la CNMC está sometida, además, a límites materiales. Esto viene a razón a razón de los Informes que se hayan podido emitir durante del procedimiento administrativo especial previo. Bajo este procedimiento especial, regulado en el art. 16 de la LGUM exige la emisión de una serie de Informes. Solo uno es preceptivo, el de la Secretaria de la Unidad de Mercado. EL resto –Departamentos Ministeriales, Autoridades designadas por las

⁴⁵² En el caso contemplado en el art. 12.2 c) EOCNMC, cuando sea el Pleno quien deba adoptar el acuerdo, el pleno del Consejo “se entenderá válidamente constituido con la asistencia del Presidente o persona que lo sustituya, el Secretario, y cinco miembros del Consejo (art. 17.2 LCMC) Dado que el Pleno se compone de 10 miembros, incluido el Presidente, el quorum se mantiene en el 60%.

⁴⁵³ Sobre la celebración de sesiones a distancia, véanse los arts. 17 y ss. LRJSP.

⁴⁵⁴ Sobre el sistema de votación y la importancia de este trámite, CARBONELL PORRAS, E., *Los órganos colegiados. Organización, funcionamiento...*, op. cit., págs. 178 a 204.

Comunidades y Ciudades Autónomas y el de la propia CNMC- son informes no preceptivos (art. 26.5 LGUM). De estos últimos, nos interesa el que haya podido emitir la CNMC⁴⁵⁵, para preguntarnos si aun siendo voluntario, una vez que es evacuado, es un Informe vinculante para la propia CNMC⁴⁵⁶, en caso de que se les solicite la interposición del recurso especial de garantía de la Unidad de Mercado.

Y la respuesta ha de ser, en general afirmativa, pues en Derecho no siempre se puede ser tan tajante. Debemos traer a colación la Doctrina de los actos propios y el Principio de Confianza legítima en la Administración, lo cual nos ayudara a determinar la posición de la CNMC ante sus propios Informes. De su repaso podemos concluir que la CNMC está sujeta además de a los requisitos formales ya vistos, a límites materiales concretos.

- Doctrina de los actos propios o inadmisibilidad de “*venire contra factum proprium*”

La doctrina de los actos propios, que nace nuestra cultura jurídica a partir del derecho romano, está actualmente integrada en el Derecho Administrativo, como una cuestión de legalidad ordinaria, que entronca con el Principio de Seguridad Jurídica, propio del Estado de Derecho. Esta doctrina, según el Tribunal Constitucional “significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos”⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ El Informe es aprobado por el Pleno del Consejo de la CNMC (art. 8.2 EOCNMC), pero estudiado y redactado por la Dirección de Competencia (art. 19 EOCNMC).

⁴⁵⁶ Ya hemos visto que no es un Informe vinculante para el resto de Administraciones, órganos y organismo que intervienen en el procedimiento administrativo especial de la unidad de mercado, especialmente para la Administración requerida, la Secretaria del Consejo de la Unidad de Mercado y patria el propio Consejo de la Unidad de Mercado (Capítulo III de esta Tesis).

⁴⁵⁷ Véanse STC 73/1988, de 21 de abril, FJ 4º; STC 198/1988, de 24 de octubre, FJ 2º; STC 154/2003, de 17 de julio, FJ 4º, y STC 17/2006, de 30 de enero, FJ 5º.

En aplicación de esta doctrina, podemos decir que la CNMC se ve vinculada a sus propios actos, siendo que el sentido, positivo o negativo, de su resolución sobre la solicitud de iniciar el proceso especial contencioso – administrativos, debe ser el mismo que se haya expuesto en el Informe que emite en el marco del procedimiento administrativo referente a la Unidad de Mercado.

Esto da coherencia al sistema de garantía de la unidad de mercado, donde como vemos, la CNMC es una figura clave. Al poder manifestarse tanto en vía administrativa como en vía judicial, de hacerlo debe ser manteniendo la misma posición respecto de la actuación administrativa enjuiciada. De esta forma, tanto el operador, como la administración requerida gozarán de seguridad jurídica y de la preciada previsibilidad en la resolución de la CNMC sobre la solicitud de instar el proceso especial de garantía que ahora estudiamos.

- Principio de Confianza legítima.

El Principio de confianza legítima, como Principio General del Derecho Administrativo, también nos ayudará a entender los límites materiales a los que se ve sometido el acuerdo de la CNMC. Este Principio está recogido en el art. 3.1 e) LRJSP, donde dicta que las Administraciones Públicas, “Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios: [...] Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional”.

Este Principio implica, según reiterada jurisprudencia “un mandato a la Administración”, estrechamente relacionado con la Doctrina de los Actos Propios. Supone “que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones”⁴⁵⁸.

Trayéndolo a la situación que nosotros analizamos, este Principio conlleva que la CNMC debe sujetarse y atenerse, al momento de resolver la solicitud para iniciar el proceso especial de garantía de la unidad de mercado, a su propio criterio manifestado en el Informe emitido en el procedimiento administrativo.

⁴⁵⁸ Véanse por todas STS 644/2016, de 16 de marzo, FD 14º (RC 2775/2014).

- Excepciones de aplicación.

La jurisprudencia, a mi juicio con toda razón, ha venido igualmente a reconocer ciertos límites o excepciones en la aplicación tanto de la doctrina de los actos propios como en el Principio de confianza legítima en la Administración. Las razones esgrimadas son varias⁴⁵⁹.

Por un lado, el respeto al Principio de legalidad, que exige que la actuación de la administración ciña se estrictamente a los que regulan las normas. Si no admitiéramos supuestos donde la Administración puede excluir la aplicación de la Doctrina de los actos propios y del Principio de la confianza legítima, podríamos llegar a admitir como válidas actuaciones que son contrarias al ordenamiento al que deben sujetarse.

Por otro, y dentro de aquel, no debemos olvidar que la Administración sirve al interés general, de tal forma que no puede prevalecer la actuación administrativa que aun siendo precedida por actuaciones o conductas iguales, menoscabe los intereses a los que sirve.⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ Por ejemplo, STS de 16 de septiembre de 2002, FD 4º (RC 7242/1997).

⁴⁶⁰ “Además, la doctrina invocada de los "actos propios" sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el sólo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta. Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos que sean realmente declarativos de derechos fuera de los cauces de revisión establecidos en la Ley (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 , 102 y 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992 , modificada por Ley 4/1999, y actualmente 106 y 107 Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos”.

Respetándose estos límites, la CNMC debe resolver la solicitud del operador, y como ya hemos mencionado, en el mismo sentido en el que emitió, si fuera el caso, el Informe dentro del procedimiento administrativo. De darse alguno de los supuestos de exclusión, podría apartarse de su criterio, motivando las razones por la que lo hace.

2.5 ¿Quién formula el recurso especial y la demanda? Cuestión de la representación y postulación procesal de la CNMC.

El art. 35 de la LCNMC establece que son los Servicios Jurídicos del Estado los encargados del “asesoramiento, representación y defensa en juicio” de la CNMC. La norma también exige la existencia de un Convenio entre la CNMC y los Servicios Jurídicos del Estado⁴⁶¹.

A este respecto, la CNMC y la Abogacía General del Estado han firmado un Convenio de asistencia jurídica⁴⁶². De esta forma se cumple con el requisito mencionado.

El Convenio establece la forma en la que la Abogacía General del Estado presta la asistencia jurídica que, en materia de Unidad de Mercado, “comprenderá tanto el asesoramiento jurídico, como la representación y defensa ante cualesquiera jurisdicciones y órdenes jurisdiccionales en los términos previstos para la asistencia jurídica a la Administración General del Estado” (Cláusula Primera).

Para estos efectos, la Abogacía General del Estado designa a al menos un Abogado del Estado –si bien pueden llegar a ser varios- que actuará como coordinador de esta actividad de asistencia a la CNMC, tanto en asuntos consultivos como contenciosos

⁴⁶¹ Tal previsión viene igualmente contemplada en el art. 1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas, al ser ente uno de los supuestos de asistencia facultativa. Los Convenios deben seguir las prescripciones contempladas en los arts. 14 a 18 del Reglamento del Servicios Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio.

⁴⁶² Los Servicios Jurídicos del Estado y la CNMC han firmado al respecto de esta materia, el “Convenio de asistencia jurídica entre la Administración General del Estado (Ministerio de Justicia, Abogacía General del Estado - Dirección del Servicio Jurídico del Estado) y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), firmado el 06 de junio de 2016.

(Cláusula Cuarta)⁴⁶³. No obstante, quien realmente actuará, en el proceso especial de garantía de la Unidad de Mercado en representación de la CNMC será la Abogacía del Estado ante la Audiencia Nacional (art. 5 RAJE)⁴⁶⁴.

Si bien esto es así con carácter general, hay dos supuestos donde la CNMC actuara asistida por Abogado y, en su caso, representada por Procurador de libre designación.

Los supuestos son:

1) En caso de conflicto de intereses

Se contempla la posibilidad – bastante real en casos de conflictos interadministrativos – de que la actuación de la Abogacía del Estado genere un conflicto de intereses, por ser la Administración demandada también defendida por el mismo Cuerpo de funcionarios. Se pueden dar dos supuestos semejantes, pero de solución distinta. En primer lugar, tenemos en caso de que la Administración demandada sea defendida también por la Abogacía del Estado, pero esta no sea la Administración matriz de la CNMC.

En este caso, la solución la ofrece la LAJE y el RAJE. A este respecto, en atención al art. 5 LAJE y al art. 10 RAJE, debemos atender a lo que nos dice el Convenio de la CNMC con la Abogacía del Estado. En concreto, la Cláusula Tercera dice que “La asistencia jurídica del Servicio Jurídico del Estado, por medio de los Abogados del Estado integrados en éste, no se prestará cuando exista contraposición entre los intereses de la CNMC y los de la Administración General del Estado o sus entidades y organismos”. Dado que la Administración General del Estado es la Administración matriz, no nos encontramos en este supuesto. A *sensu* contrario, podemos decir que, nada impide, de primera mano, la actuación de la Abogacía del Estado, cuando la Administración demandada no sea la Administración General del Estado, aun cuando venga asistida por la Abogacía del Estado.

⁴⁶³ Sobre los Convenios de asistencia jurídica con la Abogacía General del Estado y la utilidad del Abogado del Estado coordinador, puede verse BOTO ÁLVAREZ, A. *La Administración instrumental...*, op. cit., págs. 272 a 279.

⁴⁶⁴ De la misma manera, en los posibles recursos que se sustancien frente a la sentencia de la Audiencia Nacional, especialmente en el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, será la Abogacía del Estado adscrita al organismo quien actúe ante el Tribunal en representación de la CNMC.

No obstante, cabe la posibilidad de que la Administración demandada, necesariamente parte de un Convenio con los Servicios Jurídicos del Estado –por estar excluidas del ámbito preceptivo de la LAJE y por la disipación vigente del Convenio ya mencionado-, o los Abogados del Estado destinados a ella, aprecien la contraposición de intereses, y su Convenio guarde silencio al respecto. Esta situación plantea problemas que a mi juicio no quedan bien resueltos por el ordenamiento.

El primero de ellos es la aplicación conjunta y simultánea de los apartados 1º y 2º, del art. 10 RAJE, que *a priori* son excluyentes. El apartado 1º nos dice que en el caso de que los Servicios Jurídicos del Estado presten sus servicios a ambas partes del conflicto, debemos estar a los que diga el respectivo Convenio de Asistencia Jurídica. La cuestión es que son dos los Convenios a aplicar, uno respecto de la Administración recurrente, y otro respecto de la Administración recurrida. Puede ocurrir que ambos Convenios den solución a la traba, pero puede que al menos uno de ellos, en nuestro caso correspondiente al de la Administración recurrida, no diga nada sobre el tema –ni tampoco su normativa específica-. Si este fuera el caso, desde su perspectiva, ya no nos encontraríamos en el supuesto del apartado 1º del art. 10 RAJE, sino en el 2º. En consecuencia, terminaríamos aplicando al mismo litigio, ambas prescripciones del artículo, lo que a primera vista parece incongruente. Esta situación no se contempla, como decíamos, en la normativa del RAJE ni en la LAJE. Es por ello que requiere de un esfuerzo argumentativo e interpretativo con el fin resolver, o al menos ofrecer una solución, a esta importante cuestión.

En este caso concreto, podemos decir que, aun cuando una de las partes posee un Convenio con solución concreta a la confrontación de intereses, si la contra parte no posee tal virtud, necesariamente se ha de poner en marcha lo dispuesto en el art. 10. 2º RAJE, pero con las salvedades que comentaremos posteriormente. Por ello, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, expone a las partes, por medio de informe, cual es “su criterio tanto en cuanto a la eventual solución extrajudicial del litigio, de ser ésta posible, como, en su defecto, a la postulación que debiera asumir el Abogado del Estado”. Este informe puede orientarse en tres sentidos.

Una es que no observe una verdadera contraposición de intereses por la defensa por el Cuerpo de Abogados del Estado. Otra es que determine la postulación procesal a favor de la parte recurrente/demandante, en nuestro caso de la CNMC. Por último, que determine la postulación procesal de la parte recurrida/demandada. En virtud de este informe, el Ministerio de Justicia, resuelve determinado definitivamente que postulación corresponde asumir a la Abogacía del Estado.

Pues bien, si esto es así con carácter general, en atención a la particularidad mencionada sobre la aplicación simultánea de los apartados primero y segundo del art. 10 RAJE, debemos aclarar en qué lugar queda la aplicación prioritaria del apartado 1º del susodicho precepto. A mi juicio, la aplicación preferente del Convenio, y por su propia naturaleza vinculante para las partes, hace pensar que, con la salvedad de ya mencionada de la Administración General de Estado, la Abogacía del Estado ha de postularse en la posición de la CNMC. El Convenio es claro al respecto, y la Abogacía del Estado debe cumplirlo. No es así con un Convenio que nada mencione al respecto de la contraposición de intereses. En este caso, si se considera que los hay, la solución la ofrece el art. 10. 2º b) RAJE –que recordemos en subsidiario del apartado 1º-, al decir que “no resultará de aplicación el convenio de colaboración y las Administraciones [...] que no sean defendidas y representadas por el Abogado del Estado podrán libremente designar para estos casos la asistencia, defensa y representación jurídicas que estimen convenientes”⁴⁶⁵. No hay, por lo tanto, incumplimiento del Convenio, pues al guardar silencio, se remite tácitamente a la norma que acabamos de ver.

Así, la aplicación de este precepto y, en definitiva, de la libertad de la Abogacía del Estado y del Ministro de Justicia para determinar su postulación en el proceso, vienen determinada por el grado de prelación que en él se contiene y por la propia vinculación del Convenio. Esta regla, solo tiene una excepción, y es el caso, que más adelante

⁴⁶⁵ Solución que expone y desarrolla BOTO ÁLVAREZ, A., *La Administración instrumental...*, op. cit., págs. 293 a 297. Si bien hace referencia a los organismos autónomos, la línea argumental es igualmente aprovechable en nuestro caso. Así, ella dice que “el precepto está pensando en realidad en que una de las partes, al menos, ostente la representación a través de la Abogacía del Estado fruto de un convenio de asistencia jurídica. Siendo así, el convenio cederá y habrá que acudir a la contratación externa”.

veremos, de que la CNMC rechace *motu proprio* la intervención en su defensa y representación del Abogado del Estado en favor de un Letrado externo.

A mayor abundamiento, y como argumentos de apoyo, podemos destacar los hechos siguientes. Por un lado, la CNMC, aun siendo una de las denominadas Autoridades Independientes, es creada y pertenece orgánicamente a la Administración General del Estado, y por lo tanto, usuaria preferente de sus Servicios Jurídicos frente al resto de Administraciones. Por otro lado, en el presenta caso de estudio, quien lleva a cabo el primer trámite procesal, que es la interposición del Recurso contencioso – administrativo especial de garantía de la unidad de mercado, es la CNMC, trámite que se hará, debido al Convenio, por la Abogacía del Estado. Cambiar de letrado y de servicios jurídicos una vez iniciado el procedimiento y que el servicio jurídico anterior pase a representar y defender a la parte contraria, puede conllevar una indefensión prohibida por el mismo art. 10.2º b) RAJE, amén de una verdadera y palpable contraposición o conflicto de intereses.

El cuanto al otro de los supuestos, trae causa del conflicto de intereses que surge cuando la CNMC decide actuar demandando a su Administración matriz, es decir, la Administración General del Estado. Como ya hemos mencionado, este supuesto se contempla específicamente el en Convenios suscrito entre los Servicios Jurídicos del Estado y la CNMC, advirtiendo la imposibilidad de la Abogacía del Estado de asistir a la CNMC cuando la demandada sea la Administración General del Estado, en sentido laxo.

2) Casos especiales

Si bien hemos decidido titular así este apartado, no se trata necesariamente de casos especiales por razón de la materia o complejidad del asunto que se lleve a juicio. Es especial por el simple hecho de apartarse, por decisión de la CNMC de la regla general de asistencia por los Servicios Jurídicos del Estado, aunque esta decisión venga efectivamente motivada, en muchos casos, por la especialidad o complejidad de la materia. Pero también es especial por la excepcionalidad que debe regir este apartamiento.

El Convenio de Asistencia Jurídicos entre la Dirección de los Servicios Jurídicos del Estado y la CNMC, contempla esta posibilidad en su Cláusula Segunda, donde la CNMC se reserva la facultad “de ser asesorada, representada o defendida por Abogado y, en su caso, Procurador especialmente designado al efecto”. Pero tal facultad viene limitada por las normas que rigen a este organismo. Así, el art. 11.2 l) EOCNMC, dice que “Excepcionalmente, cuando pueda haber un conflicto de intereses entre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la Administración General del Estado, dicha defensa en juicio podrá ser encomendada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a un abogado especialmente designado”. Por lo tanto, habiendo Convenio, solamente de forma excepcional, y siempre que pueda haber un conflicto de intereses entre la Administración General del Estado y la CNMC podrá esta no hacer uso de los Servicios Jurídicos del Estado⁴⁶⁶.

Por lo tanto, la previsión de la Cláusula segunda del Convenio deviene inútil, por razón de que el mismo Convenio, por virtud del a Cláusula Tercera, ya advierte de la inaplicabilidad del mismo instrumento cuando pueda haber confrontación de intereses entre la CNMC y su Administración matriz. El supuesto de hecho y la consecuencia jurídica en ambas cláusulas –segunda y tercera- son los mismos a la luz de lo establecido en el EOCNMC.

Dado que las previsiones convencionales no pueden ser *contra legem*, salvo que la misma norma prevea su regulación como supletoria o facultativa, dando mayor libertad a lo pactado entre las partes, que no es el caso, parece más bien un descuido en la

⁴⁶⁶ Concretamente, el art. 11.2 l) EOCNMC, dice que la Secretaría del Consejo de la CNMC deberá colaborar “con la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado en la defensa y representación en juicio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Excepcionalmente, cuando pueda haber un conflicto de intereses entre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la Administración General del Estado, dicha defensa en juicio podrá ser encomendada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a un abogado especialmente designado”. De este texto, podemos sacar alguna conclusión interesante. Al determinar que el uso de servicios jurídicos distintos a los del Servicios Jurídico del Estado es excepcional, no quiere decir que de alguna manera venga obligada la CNMC a atener Convenio con los mismos. Esta conclusión es contraria a la independencia del propio organismo y a la naturaleza jurídica de un Convenio. Tan solo expresa que, habiendo convenio, el uso de otros servicios jurídicos debe ser excepcional.

redacción del Convenio atribuido quizás al hecho de la utilización de un Convenio tipo o marco, donde tal precepto se incluye con generalidad.

Visto lo anterior, debemos preguntarnos quien asume, y en qué condiciones, la defensa y representación de la CNMC en el proceso especial de garantía de la Unidad de Mercado –y en general- en el caso se no existir este Convenio con la Abogacía General del Estado o en el caso de que la CNMC decida prescindir para un asunto concreto de los servicios de este Cuerpo.

La solución que da el Convenio, y que determina también el propio régimen jurídico de la CNMC (art. 11.2 letra L del EOCNMC), es la del auxilio de profesionales externos, bien sea solo Abogado, o Abogado y Procurador⁴⁶⁷. Pero ¿cuál es el régimen y el procedimiento de contratación de estos profesionales del Derecho?

Es lugar común en la doctrina, incluir a las Administraciones independientes como la CNMC dentro del ámbito de aplicación subjetiva de la LCSP, por ser considerada, a sus efectos, como Administraciones Públicas integrantes del Sector Público, y por tanto como Poder Adjudicador (art. 3.1 c) LCSP)⁴⁶⁸. Así, el 3.2 d) LCSP determina igualmente el sometimiento de la CNMC a la regulación de los contratos públicos.

No obstante, teniendo en cuenta el tipo de servicios que se contratan y la premura que imponen los plazos, cuando no se trate de un contrato menor por razón de la cuantía (art. 131.3 LCSP), el procedimiento para contratar sería el de urgencia (art. 119 LCSP)

⁴⁶⁷ La LCNMC ni el EOCNMC nada dicen respecto a la creación de un Servicio Jurídico Propio. Las tareas de este tipo de servicios propio en otros organismos, como la CNMV, son asumidos por la Secretaría del Consejo de la CNMC. La única mención directa sobre el tema, se contempla en el art. 11.2 l) EOCNMC. Lo verdaderamente interesante del artículo es el verbo utilizado por el legislador, al decir que “dicha defensa *podrá ser encomendada*” (cursivas propias). Eso quiere decir que la CNMC no tiene obligación de acudir a servicios jurídicos externos a la Administración, lo cual abre la puerta a la posibilidad de creación de un Servicio Jurídico propio que le asesore y represente en juicio. Tal posibilidad está en línea con la autonomía orgánica y funcional de la CNMC (art. 2 EOCNMC). En este sentido, BOTO ÁLVAREZ, A., *La Administración instrumental...*, op. cit., págs. 305 a 310, lo cual a su juicio, reforzaría la “profesionalidad y neutralidad” del ente, si bien yo diría más bien su especialización e independencia.

⁴⁶⁸ Así, puede verse a BOTO ÁLVAREZ, A., *La Administración instrumental...*, op. cit., págs. 305 a 310. Ver más.

Este procedimiento exige la concurrencia de necesidad inaplazable o la exigencia de acelerar la adjudicación por razón de interés general, requisitos que se dan para en caso que estudiamos.

3. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA CNMC EN EL PROCESO DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

Aclarados los puntos anteriores, retomemos la cuestión de la legitimación de la CNMC en ambas fases iniciales del procedimiento. El proceso especial de garantía de la unidad de mercado, en el que se enmarca esta parte de estudio, posee, como ya se ha apuntado, dos fases procesales de inicio: el recurso contencioso - administrativo y la demanda⁴⁶⁹.

Y esta es sin duda una de las fases, la de inicio del pleito, que más novedades introduce la legislación respecto a la legitimación activa, introduciendo nuevos elementos de estudio respecto a la regulación general de la legitimación de la LJCA.

También veremos cuando a esta legitimación se le suma el derecho de personación reconocidos a los operadores económicos en el procedimiento. Por su puesto, mencionaremos la extensión de la legitimación a los recursos jurisdiccionales ordinarios y extraordinarios.

3.1 Legitimación ¿exclusiva?

Conviene tratar en este punto la legitimación activa para la interposición del recurso Contencioso - Administrativo desde el punto de vista del número de sujetos llamados a esta acción. Es decir, determinar si la exclusividad de la CNMC, prohíbe la interposición del mismo por otros sujetos, como por ejemplo, los operadores.

⁴⁶⁹ Esta legitimación concreta fue avalada por el Tribunal Constitucional, en la STC 110/2017, de 5 de octubre, FJ 4º, al considerar que siendo un organismo público “actúa en defensa de la legalidad” y “en la defensa y promoción de aquellos fines de los que ordenamiento le hace garante, fines que se insertan en la protección de intereses generales vinculados con la garantía y defensa de objetivos económicos, que este Tribunal ya ha declarado legítimos [...]”.

En primer lugar, detengámonos en la exclusividad de la CNMC. Esta viene dada por el art. 27.6 LGUM –también se infiere del art. 127 bis LJCA-. Estos artículos determinan que la legitimación para la interposición del recurso contencioso-administrativo especial de garantía de la unidad de mercado “corresponderá en exclusiva a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sin perjuicio del derecho de personación”.

La exclusividad conlleva que la CNMC es el único ente y organismo que puede iniciar el procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado, pero como veremos más tarde, no es el único que puede intervenir en el como parte activa del proceso⁴⁷⁰.

El proceso se inicia con la interposición de un recurso contencioso – administrativo especial de garantía de la unidad de mercado, con el contenido mínimo que se cita en el art. 45 LJCA para todos los recursos contencioso – administrativos⁴⁷¹. Este Recurso solo puede ser presentado e interpuesto por la CNMC. Pero su exclusividad es parcial y no absoluta.

Al comienzo de este capítulo, apuntamos dos cuestiones que ahora atraen nuestro interés de forma más patente. Decimamos, por una parte, que el sistema de legitimación del proceso especial de garantía de la unidad de mercado es, a su vez, un sistema especial. Y por otra, nos hacíamos eco de la clasificación que los Tribunales han efectuado sobre la legitimación y la capacidad.

Ahora decimos que la LJCA instaura un sistema especial de legitimación por la enmarcación, dentro de la clasificación jurisprudencial –y doctrinal- de la legitimación y de la capacidad, que debemos hacer de la CNMC.

⁴⁷⁰ STS 362/2019, de 18 de marzo, FFDD 2º y 6º (RC 1746/2016), lo expone diciendo que la CNMC es “parte actora necesaria”, pero necesariamente única.

⁴⁷¹ No cabe la aplicación de lo dispuesto en el art. 45.5 LJCA, que permite la impugnación de la actuación administrativa directamente pro demanda, en el caso de que no haya terceros interesados. La regulación del proceso especial marca la doble tramitación de recurso C-A y de demanda. Además, dado que la CNMC actúa en representación del interés general, y de que la actuación recurrida siempre afectará a uno o a varios terceros, estos será interesado, teniendo la posibilidad de personarse en el procedimiento.

Posee legitimación *ad processum*, pues tiene capacidad, otorgada por la Ley, para promover la actividad de los órganos jurisdiccionales. De hecho, la CNMC es la única que tiene legitimación *ad processum*. Es por ello, una legitimación exclusiva y excluyente⁴⁷².

En cuanto a la legitimación *ad causam*, deviene, como decíamos al principio del capítulo, del derecho o interés legítimo con el que se pone en marcha el proceso, es decir, la relación jurídica por la cual se tiene facultad de intervenir en un proceso concreto. Es lo que el Tribunal Supremo ha venido en denominar “derecho subjetivo reaccional”⁴⁷³, por tratarse de la defensa de frente a actuaciones administrativas que han incidido estas en su esfera vital de los intereses de quien recurre.

Pues bien, a la CNMC se le otorga este derecho subjetivo reaccional, esta legitimación *ad causam*, pero no por la relación jurídica directa entre la actuación administrativa y los derechos o intereses legítimos como afectada por la misma, si no por las especiales funciones que le otorga su ley de creación y por establecerlo de esta forma la propia LJCA -y la LGUM- al regular este procedimiento.

Aquí también se distingue la nota de la exclusividad. Se resalta con la diferenciación entre legitimación *ad processum* y capacidad procesal. En este proceso especial, la LGUM y la LJCA exigen una determinada cualidad subjetiva a quien posee capacidad procesal, con el fin de reconocerle la legitimación *ad processum*. Esta cualidad está determinada en la CNMC, pues solo este organismo puede actuar, sin perjuicio de la posterior personación de otros sujetos, dentro del proceso especial.

En consecuencia, la legitimación de la CNMC es exclusiva en cuanto en la única legitimada para iniciar el procedimiento, es decir, se la inviste de legitimación *ad processum* exclusiva y excluyente. Sin embargo, no es la única personificación que puede actuar en el procedimiento una vez iniciado, por se reconoce el derecho de personación de determinados operadores económicos. Por ello, si bien está igualmente investida de legitimación *ad causam*, está ya no es exclusiva, sino compartida. De hecho, lo natural

⁴⁷² Así lo reconoce SANTAMARIA PASTOR, J. A., “El contencioso de la Unidad...”, op. cit., págs. 951 y 952

⁴⁷³ Expresión acuñada por la doctrina tras el clarificador artículo de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Sobre los derechos públicos subjetivos”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 6/1975, págs. 427 a 448.

seré que existan operadores a los que la actuación administrativa los invita de esta legitimación por ser los titulares de la relación jurídica que los une con la Administración.

3.2 El Derecho de Personación de otros sujetos

Siendo que la CNMC es la única legitimada para interponer el recurso contencioso-administrativo especial de garantía de la Unidad de Mercado, permite la LJCA que se personen en el procedimiento otros sujetos, que actuarán en el mismo junto con la CNMC. Estos deben, a tenor de la ley, reunir dos condiciones, a saber, ser operadores económicos⁴⁷⁴ y tener interés directo en la actuación administrativa que se impugne.

a) Los operadores que tengan “interés directo”

En cuanto al derecho de personación de los operadores, ¿cómo debe entenderse? La norma nos dice que debe existir un “interés directo” para poder personarse en el proceso iniciado por la CNMC. Y la cuestión del interés directo tiene importantes repercusiones en la legitimación para personarse. Sin duda, esta expresión nos evoca al interés directo que exigía la LJCA 1956. El requisito de interés directo para reconocer legitimación activa en el proceso contencioso – administrativo, se recogía en el art. 28.1 a) LJCA 56, donde al respecto del recurso de anulación se decía que “Estarán legitimados para demandar la declaración de no ser conformes a Derecho, y en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración: los que tuvieren interés directo en ello”⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ Sobre la definición de operador económico, debemos estar a la definición que realiza el Anexo de definiciones de la LGUM, que lo define como “cualquier persona física o jurídica o entidad que realice una actividad económica en España”.

⁴⁷⁵ Bien es cierto que el art. 28, proseguía reconociendo la legitimación corporativa en algunos casos para la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, y legitimación a quienes instan el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, si son los titulares del derecho reconocido y vulnerado por la actuación que impugna.

La jurisprudencia dio cuerpo a la expresión de interés directo, reconociendo su indeterminación⁴⁷⁶. Así, el Tribunal Supremo expuso las características del interés directo⁴⁷⁷, que era:

- Que la impugnación –del acto o reglamento en aquella legislación- suponga un beneficio o la evitación de un perjuicio para el demandante.

⁴⁷⁶ Para un viaje por la jurisprudencia y su evolución sobre el concepto de interés directo a partir de la LJCA de 1956, véase SÁNCHEZ ISAC, J., *El interés directo en los Derechos español y francés*, Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977, págs. 67 a 138

⁴⁷⁷ STS de 11 de mayo de 1963 (RA 2670), Cdo. Segundo, que dice que el interés que se dice que “La Ley [...] no tiene en cuenta la naturaleza que pudiera llamarse sustancia del interés, sino su relación mediata o inmediata con la repercusión o efecto del acto [...] exigiéndose que tal repercusión no sea lejanamente derivada o indirecta, sino que sea consecuencia o secuela inmediata del acto administrativo”. STS de 22 de enero de 1971 (Sala 4ª; RA 215), Cdo. Primero, donde dice: “[...] habiendo perfilado la jurisprudencia el concepto de interés directo, dándole como características las de que la anulación de acto impugnado suponga un beneficio para el demandante, que este beneficio sea personal, y que el interés sea actual”. STS 25 de septiembre de 1971 (Sala 5ª, Ponente Excmo. Sr. D. Víctor Serván Mur) Cdo. Tercero, en cual advierte que “por lo que ha de estimarse suficiente la concurrencia de un interés personal en el éxito de la pretensión deducida en la demanda, o porque le pueda representar un beneficio material o jurídico efectivo o porque, por el contrario, la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo le originaría un perjuicio”. En el mismo sentido, STS de 19 de diciembre de 1968, Sala 3ª Ponente, Excmo. Sr. D. Víctor Serván Mur; RA 5805), o STS de 6 de julio de 1959 (Sala 5ª, Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Cervía Cabrera; RA 3326), Cdo. Segundo, expone que el interés personal y directo, no tiene que nacer de un derecho de carácter administrativo pues eso equivaldría a volver a “confundir los términos interés y derecho, gramatical y jurídicamente diferenciados”, pero sí que el interés directo debe suponer una “mejora jurídica” u “obtener una satisfacción jurídica” para el que lo alega. Muy ilustrativa y pedagógica resulta la STS de 5 de julio de 1972 (Sala 4ª, Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Martín de Burgo Marchán, RA 3775), Cdo. Segundo, dice que las meras expectativas no bastan ni legitiman para plantear un recurso. El legislador ha querido que el interés sea directo “esto es, el derivado de una relación del mismo con el acto o disposición recurridos, que no sea lejana, derivada ni indirecta”. También motiva que para que el interés sea considerado directo “baste con que la declaración jurídica pretendida coloque al accionante en condiciones naturales y legales de consecución de determinado beneficio”. En el mismo sentido STS de 13 marzo 1958, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro María Marroquín de Tovalina, Cdo. Segundo (RA 1320); STS de 22 octubre 1966, Ponente Excmo. Sr. D. Nicolás Nombela Gallardo (RA 4240), Cdo. Cuarto; STS 22 noviembre 1965, Sala 4ª, Ponente José María Cordero de Torres (RA 5552), Cdo. Segundo; STS de 23 febrero 1965, Sala 3ª, Ponente Excmo. Sr. D. Valentín Silva Melero (RA 567) Cdo. Segundo.

- Que este beneficio sea personal, por su relación inmediata o mediata con el efecto del acto o disposición.
- Que el interés sea actual y efectivo, en contraposición al interés futuro⁴⁷⁸.

Por su parte, esta invocación al interés directo fue definido por la doctrina aludiendo al “nexo de unión que existe entre la esfera del particular y el acto administrativo” afirmado que este nexo “es lo que constituye el interés legitimador a efectos procesales”⁴⁷⁹. Es decir, se exigía la relación directa entre la actuación de la administración y la esfera jurídica del particular. Pero ese nexo debe tener a su vez un efecto inmediato sobre el titular del interés⁴⁸⁰.

No obstante, la sustitución del interés directo por el Interés legítimo, tras la aprobación de la CE (arts. 24 y 162), lleva a hacernos pensar en qué términos debemos interpretar esta inclusión del interés directo que se reintroduce en la legislación⁴⁸¹. Para ello, debemos exponer como se define el interés legítimo.

⁴⁷⁸ El requisito de actualidad de interés, fue matizado con la admisión del llamado “interés competitivo” o interés por razones económicas o profesionales, aun aceptado hoy día. Tempranamente STS de 5 de julio de 1972 (sala 4ª, RA 3775, Ponente D. Ángel Martín de Burgo Marchán), (STS 23 febrero 1965, RA 567, Cdo. Segundo, Ponente D. Valentín Silva Melero)

⁴⁷⁹ Así lo expresa ORTEGA ÁLVAREZ, L. I., “La inmediatividad del interés directo en la legitimación contencioso-administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 82/1977, págs. 211 a 228. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 339 a 341, advertía de que, de ser bien interpretada la exigencia de un interés directo, “no suponía otra cosa [...] que el beneficio que se pretende obtener o el perjuicio que se pretende evitar afecten a la persona o personas físicas o jurídicas que formulan la pretensión”.

⁴⁸⁰ Véase la definición de “interés directo” que elabora GÓMEZ DÍAZ, B., *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, Ed. Iustel, Madrid, 2014, págs. 187 a 192, como compilación a las notas que habían apuntado desde la jurisprudencia y la doctrina. Así, ella utiliza la expresión “en el sentido de considerar como titular de un interés directo a la persona que se ven inmediatamente afectadas por un acto administrativo: bien por ser sus destinatarios, bien porque sin serlo, el acto afecta de manera inmediata a sus situaciones jurídicas o de hecho; [...]”

⁴⁸¹ Sobre el cambio de concepto, de interés directo a legítimo, véase LAFUENTE BENACHES, M., “La legitimación para impugnar actos y disposiciones administrativos después de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 42/1984 (abril-junio), págs. 435 a 474.

Este fue reconocido inicialmente por el Tribunal Constitucional, como un interés más amplio que el interés directo exigido en la LJCA 56. En todo caso debe ser un interés protegido por el Derecho, pero a su vez, un interés personal. No obstante, el propio TC reconoce que los intereses colectivos, son necesariamente intereses personales de quien ejercita el recurso, sin poder llegar a alegar un interés genérico en la cuestión – excluyendo la acción popular, salvo que la ley lo permita⁴⁸². Para que se reconozca el interés legítimo, la resolución del conflicto debe afectar a quien lo alega bien de forma directa y personal, o de forma directa pero no personal, o incluso una afección indirecta⁴⁸³. Es decir, debe ser lo que el Tribunal Constitucional denomina interés en sentido propio, específico o cualificado. En palabras de este mismo Tribunal, el interés legítimo resulta identificable con “con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida”⁴⁸⁴.

Pues bien, conviene determinar si hay identificación entre el interés directo de la LJCA 1956 y el interés directo que la LGUM introduce en la LJCA actualmente vigente. A este respecto, nos encontramos ante dos opciones. Por un lado, determinar que el interés directo que se requiere como necesario para personarse como parte en el proceso especial de garantía de la Unidad de Mercado es idéntico al interés directo exigido bajo la LJCA 56. Por otro, afirmar que si bien son expresiones léxicas y gramaticalmente

⁴⁸² STC 60/1982, de 11 de octubre, FJ 3º; STC 62/1983, de 11 de julio, FJ 2º; STC 24/1987, de 25 de febrero, donde se niega la restricción de que las asociaciones solamente pueden estar legítimas cuando actúen en representación o como coadyuvantes de alguno de sus representados, sino que cabe que actúen cuando la actuación afecte a los intereses, en el caso de autos intereses profesionales, que defienden. Negarlo, podría infringir el derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho de asociación (FJ 3º); SSTC 257/1988, de 22 de diciembre, FJ 2º y 3º; 123/1989, de 6 de julio FJ 1º;

⁴⁸³ STC 195/1992, de 16 de noviembre, FJ 4º, resalta que, “como se ha dicho anteriormente, a partir de la Constitución la noción de interés directo como requisito de legitimación del art. 28 L.J.C.A. ha quedado englobado en el concepto más amplio de “interés legítimo” por obra de su art. 24.1, precepto que precisamente emplea esta expresión en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva. Interés legítimo, real y actual, que puede ser tanto individual como corporativo o colectivo y que también puede ser directo o indirecto, en correspondencia con la mayor amplitud con la que se concibe en el texto constitucional la tutela judicial de la posición del administrado y la correlativa necesidad de fiscalizar el cumplimiento de la legalidad por parte de la Administración”.

⁴⁸⁴ Por ejemplo, en la STC 97/1991, de 9 de mayo, FJ 2º y en el ATC 356/1989, de 29 de junio, FJ 1º.

idénticas, tienen significados diferentes. Ambas opciones, la de identidad de conceptos y la de conceptos diferenciados son igualmente defendibles.

- Identidad de conceptos.

Por una parte, podemos entender que hay identidad del concepto de interés directo en el art. 127 bis de la LJCA y en la LJCA 56. Esto puede ser así por tratarse el nuestro de un proceso especial, justificando con ello una restricción en la legitimación, al igual que se restringe otros elementos del proceso, como el objeto de mismo.

También por sumar el hecho de no ser un proceso, en principio, preceptivo, pudiendo el operador no acudir a la CNMC, e instar un proceso ordinario. De esta forma se salvaría la constitucionalidad del precepto, en su conjugación con el art. 24 CE.

Por último, la limitación en cuanto a la legitimación que se daría en comparación con los procesos ordinarios, estaría en consonancia con el carácter sumario que se pretende dar a este proceso especial. La personación de todos aquellos que queriéndolo, tengan un interés legítimo para ello, en lugar de un interés directo, podría derivar en una pluralidad demasiado grande que impidiera el cumplimiento de plazos y hacer el proceso lo más breve posible. En definitiva, devendría en la desnaturalización del proceso como proceso especial y sumario.

Como vemos, hay razones jurídicas que nos permitirían entender que la alusión al interés directo es la recuperación de esta figura tal y como se entendía bajo la LJCA 56.

- Diferenciación de conceptos.

Por otra, podemos entender que para adaptarse a lo preceptuado en el art. 24 CE, debemos entender la alusión al interés directo como al interés legítimo directo, expresión ya usada por el Tribunal Constitucional al definir el interés legítimo. En este sentido, debemos interpretar el interés directo como interés legítimo en los términos que ya hemos expuesto.

Esto sería así por distintas razones. Una de ellas, es que una norma con rango de ley no tiene fuerza activa derogatoria frente a la Constitución. De esta forma, la Ley no puede

modifican el contenido del Derecho Fundamental. Si bien puede ampliar sus elementos integradores-el inveteres legítimo como título legitimador en un proceso judicial contencioso – administrativo es uno de ellos-, reconociendo nuevas facultades, que tendrán en todo caso rango de ley, no puede sin embargo menguarlos.

Otra razón, es que, con la aprobación de la CE, el Tribunal Constitucional ya dejó claro que la alusión al interés directo de la LJCA 56 debía entenderse como alusión al interés legítimo, que lo absorbe y amplifica su contenido⁴⁸⁵.

Desde este punto de vista, la expresión “interés directo” de la LJCA para el proceso especial de garantía de la Unidad de Mercado, es en realidad el interés legítimo del art. 24.1 CE. De no interpretarlo así, habría que determinar su inconstitucionalidad, pasando a ser el régimen de legitimación el general de la LJCA.

- Postura del autor.

En mi opinión, compartida con otros autores, no podemos entender que el requisito de interés directo tenga el mismo contenido que tenía bajo la LJCA 56⁴⁸⁶. Pero tampoco podemos desechar todas las razones que se arguyen como justificación de la opción contraria. En mi opinión, bajo el uso de la expresión de interés directo se pretende dar al juez una herramienta y una pauta que le permita hacer un uso más restrictivo de la legitimación. Es decir, dentro de los límites que permite la expresión del interés legítimo que asume los intereses directos y lo indirectos, configurar la legitimación con una concepción más cerrada o restringida para este concreto proceso. Así, se permitiría la

⁴⁸⁵ Incluso antes de la aprobación de la CE de 1978, NIETO GARCÍA, A. “La discutible supervivencia del interés directo”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 12/1977 (enero - marzo), págs. 39 a 48, nos ilustra sobre la concepción aperturas de la jurisprudencia sobre la admisión de recursos o partes cuya legitimación se basaba en el interés directo de la LJCA 56, postulando la derogación del interés directo como termino legitimación en el proceso contencioso-administrativo.

⁴⁸⁶ Según CARBONELL PORRAS, E., Los intereses colectivos en la jurisdicción contenciosa-administrativa”, en *Intereses colectivos y legitimación activa* (Dir. Carbonell Porras, E.), Ed. Aranzadi, Pamplona-Navarra, 2014, págs. 99 a 101, esta alusión a interés directo no debe entenderse como era conceptualizado bajo la LJCA de 1956.

personación e intervención de todos aquellos que tengan un interés directo pero no a todos aquellos que argumenten un interés legítimo pero indirecto

Si bien tal consideración queda en manos del Juez o Tribunal para cada caso concreto, con el fin de determinar quiénes pueden intervenir finalmente en el proceso, GÓMEZ DÍAZ⁴⁸⁷ sintetiza dos elementos utilizados por la jurisprudencia, que pueden servir como criterios delimitadores:

- La posición del interesado frente a los efectos de la actuación administrativa impugnada, que pueden ser más o menos mediatos.
- La intensidad de la relación causal entre el beneficio o perjuicio que pueda causar la actuación administrativa en el interesado indirecto, en relación con la existencia de otros elementos que puedan incidir en el mismo.

Por lo tanto, podemos decir que pueden personarse en el procedimiento especial de garantía de la Unidad de Mercado y actuar junto a la CNMC, aquellos que tengan un interés legítimo directo, y los que tengan un interés legítimo indirecto en los términos expuestos.

Esto da coherencia al sistema y está en consonancia con la regulación del procedimiento administrativo, tanto especial como ordinario, pues en el procedimiento administrativo previo, como ya hemos visto, se requiere como título legitimador un derecho o interés legítimo (art. 26.1 y 26.8 LGUM y 4.1 LPAC)

b) Las organizaciones de representación colectiva de los operadores económicos

En relación a las asociaciones o entidades de representación colectiva de los operadores económicos, cabe preguntarse si, como ocurre en el procedimiento

⁴⁸⁷ GÓMEZ DÍAZ, A. B., *La legitimación en el proceso contencioso...*, op. cit., págs. 19192 a 195. Ella menciona otro criterio más, que es el de la “intensidad del daño sufrido, puesto el relación con el que experimentó el destinatario directo [...]”. Sin embargo, bajo mi criterio este no puede ser utilizado como criterio, pues habiendo sufrido un daño, por pequeño que sea, la relación con el acto que lo causa se vuela directa.

administrativo especial, tienen legitimidad para personarse en el proceso especial de garantía de la unidad de mercado, junto a la CNMC. Pues teniendo en cuenta lo ya estudiado eso dependerá de la relación que guarden con el objeto del litigio.

En primer lugar, hemos de llamar la atención sobre un hecho del que ya hemos hecho alguna mención. Y es que el régimen de legitimación en este proceso es, al igual que el mismo proceso, especial. El régimen general de legitimación reconoce a estas asociaciones, grupos o entidades legitimación en el proceso cuando resulten afectados o estén legalmente habilitados para defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos” (art. 19.1 b) LJCA). A pesar de que como ya hemos visto, la regulación del proceso especial de garantía de la unidad de mercado, admite que pueden personarse e intervenir quienes acrediten un interés directo, la LGUM contiene una previsión específica al respecto. La D.A 5º añade a lo anterior que “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”.

Las entidades de representación colectiva, por lo general, tienen la función de velar por los intereses del colectivo al que representan. Solamente cuidan del interés particular del perjudicado por la actuación administrativa, cuando este tiene o pueda tener trascendencia a todo el colectivo. Teniendo todo esto en cuenta, podemos decir que habrá supuestos donde deba admitirse que estas asociaciones o entidades posean tal cualidad legitimadora⁴⁸⁸. Así será cuando puedan alegar en mentado interés directo, por afectar la actuación administrativa a los intereses colectivos de sus representados en relación a la Unidad de Mercado –por tanto, erigiéndose la organización como grupo de afectados- y, cuando al mismo tiempo así lo prevean sus propios estatutos o normas internas, por ser esta una de sus funciones⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ Así CARBONELL PORRAS, E. “Los intereses colectivos en la jurisdicción...”, op. cit., págs. 99 a 101, afirma que la legitimación activa queda por lo tanto reducida a aquellos operadores que consideren que se han vulnerado sus derechos o intereses y a la CNMC, advirtiendo que “si tenemos en cuenta la literalidad de los preceptos legales, implicaría una limitación de la legitimación activa en defensa de intereses económicos y profesionales por las organizaciones que han asumido tal defensa [...]”.

⁴⁸⁹ Véase SANTAMARIA PASTOR, J. A., “El contencioso de la Unidad...”, op. cit., págs. 954 a 956.

Pero en relación a las asociaciones o entidades de representación colectiva de los operadores económicos, hay un hecho que da relevancia a la cuestión planteada. Este hecho es la previa participación como parte en el procedimiento administrativo previo al recurso especial contencioso-administrativo. Y la relevancia viene de la posición del Tribunal Supremo respecto a este acontecimiento, indicando que cuando no se ha discutido la legitimación en el procedimiento administrativo, no puede alegarse en contrario en el proceso contencioso-administrativo.

En consecuencia, a las organizaciones representativas de los operadores económicos que se hayan sido parte del procedimiento administrativo previo, como parte interesada, debe reconocérseles legitimación para intervenir en el proceso especial de garantía de la Unidad de Mercado. Y a aquellas que no lo hayan sido pero que pudieran haberlo sido, también, pues de lo contrario se crearía un perjuicio y un hecho discriminadores de aquellas frente a estas.

c) El tercero procedente de un proceso independiente

Como veremos en el siguiente capítulo, la Audiencia Nacional, competente para conocer de este recurso especial de garantía de la Unidad de Mercado, tiene *vis atractiva* en relación a los procesos ordinarios ya abiertos sobre el mismo objeto material y formal.

Es por ello que debe darse cabida como parte activa en el proceso especial que ahora investigamos, a aquellos operadores que son igualmente parte activa en el proceso que se acumule al promovido por la CNMC. Ello sin necesidad de tener el Tribunal que hacer un nuevo examen de su legitimación y de su interés sobre la actuación administrativa, pues se confía que el anterior Juez o Tribunal admitió el recurso del operador bajo la premisa de que estaba legitimado para ello.

Bajo este permite debe entenderse la exclusión que se formula en el art. 127 ter. 7, de solicitar la personación en el proceso especial de aquellos la hubieran recurrido de forma independiente. No quiere decir la norma que estos no puedan personarse, sino que no tienen que solicitarlo al ser admitidos como parte al acordarse la acumulación.

No obstante, dado que el proceso de origen era ordinario su legitimación se fundamentó en el interés legítimo de la regulación general de la legitimación en la LJCA, puede crear alguna que otra fricción con relación al proceso especial y la exigencia en este de un interés directo, en los términos ya contemplados. Dado que el proceso especial es más restrictivo respecto de la legitimación, puede ocurrir que el Juez o Tribunal de origen admitiera como parte a un sujeto que no lo sería bajo las previsiones del proceso especial.

En conocimiento de tal circunstancia, existe el riesgo de que algunos operadores económicos o sujetos, en previsión de su falta de legitimación para personarse en el proceso especial, pero tenido suficiente en un procedimiento ordinario, inste este con el objetivo de ser finalmente parte del proceso especial.

Es por ello que considero que tendría más sentido, aun siendo ante distintas sedes judiciales, determinar el uso del instrumento de la tramitación preferente del recuso especial y de la suspensión de los procedimientos ordinarios que tengan el mismo objeto, en línea con lo establecido en al art. 37.2 y 37.3 LJCA

d) Calidad de la Personación o de la naturaleza procesal del tercero interviniente

Por último, debemos mencionar la calidad de la personación, es decir, a la naturaleza procesal del tercero interviniente. La personación en el proceso especial de garantía de la unidad de mercado se confiere como parte en sentido pleno, no como coadyuvante. Así se establece en el propio texto legal⁴⁹⁰. El art. 127 ter. 7 LJCA, nos dice que el operador que se persone, una vez admitida la intervención, “será considerado parte a todos los efectos, y podrá defender las pretensiones formuladas o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello”.

Si bien el operador no puede iniciar el proceso, y tan solo intervenir una vez iniciado, no le impide ser considerado en este sentido como parte principal del proceso, y no como

⁴⁹⁰ En este sentido, puede leerse el trabajo de GONZÁLEZ PÉREZ, J., “El coadyuvante en el proceso administrativo”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2/1996, págs. 317 a 341, quien recuerda que en “nuestra legislación procesal administrativa, tradicionalmente no se ha admitido intervenir como coadyuvante del demandante, salvo en el supuesto de lesividad”.

una parte subordinada a las pretensiones de la CNMC⁴⁹¹. Aun en el caso de que decida asumir las pretensiones formuladas inicialmente por la CNMC, no lo hace como un acto de adhesión a las mismas, sino que las asume y las defiende como propias.

3.3 La legitimación en los recursos jurisdiccionales ordinarios y para solicitar la ejecución de sentencia

Ante la sentencia que emita la Audiencia Nacional, solo cabe ordinariamente, la posibilidad de un recurso de casación, ante el Tribunal Supremo. Este recurso exige la existencia de un interés casacional objetivo, de los citados en art. 88 LJCA.

Al respecto de la legitimación intraprocesal, es la propia regulación del Recurso de casación la que determina que pueden formularlo quienes hayan sido parte, por estar igualmente legitimados, en el proceso de instancia, por lo que la CNMC se encuentra siempre incluida (art. 89.1 LJCA).

No obstante, y a diferencia de lo que ocurre con la interposición del recurso especial contencioso – administrativo, la legitimación en fase de recurso de casación no es exclusiva de la CNMC, por lo que si esta decide no presentarlo, nada impide que el resto de la parte lo hagan si lo consideran oportuno a la defensa de sus derecho o intereses (art. 127 ter.7 LJCA).

En cuanto al incidente de ejecución forzosa de la sentencia, nos dice el art. 104.2 LJCA que “cualquiera de las partes y personas afectadas” podrá instarla. Es evidente, por lo tanto, que la CNMC, como parte del proceso, está legitimada para solicitar la ejecución forzosa de la sentencia.

Más dudas suscita, sobre la legitimación en la ejecución de la CNMC, la regulación de la ejecución provisional cuando el proceso esté en fase de recurso. Nos recuerda la norma que “la preparación del recurso de casación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida” (art. 91.1 LJCA). Pero la ejecución provisional pueden instarla “las partes favorecidas”. No dice las partes que hayan visto estimadas sus pretensiones, sino las partes favorecidas. Y nos preguntamos si debemos entender que la CNMC es parte

⁴⁹¹ Véase SANTAMARIA PASTOR, J. A., “El contencioso de la Unidad...”, op. cit., págs. 954 a 956.

favorecida cuando se ha estimado el recurso especial de garantía de la Unidad de Mercado. Aunque la expresión pueda hacernos dudar, la respuesta ha de ser afirmativa. Debemos comprender que la están legitimadas para instar la ejecución, “las partes favorecidas” por haber sido estimadas sus pretensiones en la sentencia, aun parcialmente. Este será en todo caso la CNMC, respecto de las pretensiones que esta haya aducido en el proceso.

3.4 Legitimación para Recursos extraordinarios. Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional

Por otra parte, dado que el Principio de Unidad de Mercado es un Principio y una garantía constitucional que envuelve derechos fundamentales y libertades públicas, cabe también, si no es admitida y estimada la casación, la interposición Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pues como ya se ha mencionado, las libertades que pretende garantizar la LGUM son reflejo de los Derechos Fundamentales de los arts. 14 y 19 CE.

Pero la legitimación ante el Tribunal Constitucional en recurso de amparo, está limitada por la misma constitución. Así, el art. 162.1 b) CE, dice que están legitimados “Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal”.

No se cita a la CNMC –u organismo de competencia existente- entre los legitimados. Pero debemos ver si puede aducir o invocar un interés legítimo en el marco del Recurso de Amparo. Los términos de esta expresión son desarrollados por la LOTC, así como por la jurisprudencia de este Tribunal, como ya hemos visto. Concretamente, el art. 46 LOTC reconoce legitimación a diferentes grupos en función del origen de la vulneración de los Derecho Fundamentales y Libertades Públicas invocados.

En el caso que nos ocupa, el art. 46.1 c) LOTC, reconoce legitimación “a quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente”, por tratarse del supuesto recogido en el art. 43 LOTC. No obstante, ha sido el propio Tribunal Constitucional el que ha dicho que esta no es condición suficiente, que no basta con haber sido parte en el proceso

judicial ordinario⁴⁹². Se requiere además ser poseedor de un interés legítimo en los términos ya descritos⁴⁹³.

¿Es la CNMC titular de un interés legítimo? Pues parece que no. La cuestión no le afecta de forma directa y personal, o de forma directa pero no personal, o incluso de forma indirecta. No parece sacar “ventaja o utilidad jurídica” del resultado del recurso, más allá del interés genérico que este organismo pueda tener en la legalidad. Ello nos lleva a la conclusión de que la CNMC no tiene legitimación para interponer recurso de amparo. Tal instrumento procesal debe ser activado por el operador propiamente afectado o por las organizaciones de representación colectiva que en sus estatutos prevean tal defensa.

Nos encontramos, por lo tanto, ante un nuevo ejemplo en el que, aun habiendo participado en el proceso judicial ordinario, y por lo tanto cumplimiento lo dispuesto en el art 46.1 B) LOTC, no se le reconoce un interés legítimo, no cumpliendo con el requisito del art. 162.1 b) CE⁴⁹⁴.

Por otra parte, en cuando al interés legitimador de las personas jurídicas públicas, el Tribunal Constitucional también ha tenido la oportunidad de pronunciarse. En este

⁴⁹² Véase FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Recurso de Amparo según la jurisprudencia constitucional*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 208 a 214, y TENORIO SÁNCHEZ, P. J., *El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Perspectivas de reforma*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2014, págs. 85 a 95, quien recoge algunos ejemplos donde aun siendo parte del proceso precedente, no se reconoce interés legítimo para recurrir en amparo, como por ejemplo el absuelto de un delito o en supuestos de defensa de un derecho fundamental del que no se es titular, apoyándose en pronunciamientos del mismo TC.

⁴⁹³ Clarificador resultan algunos pronunciamientos del TC. Por todos, STC 25/1989, donde se reconoce que en relación al art. 46.1 b) LOTC, “no basta con haber sido parte del proceso judicial correspondiente; se precisa la invocación de un interés legítimo, que, como ha declarado este Tribunal, debe ser un interés en sentido propio, cualificado o específico”.

⁴⁹⁴ Si bien puede parecer tal resultado criticable, no es posible por el legislador ordinario, permitir que la CNMC puede interponer Recurso de Amparo. El TC ha manifestado que la norma del art. 162.1 b) CE, que exige el interés legítimo, es una norma “cerrada y autosuficiente que no puede resultar innovada por otras” (ATC 156/1982, de 28 de abril; ATC 158/1985, de 6 de marzo; STC 246/2004, de 20 de diciembre; STC 126/2013, de 3 de junio FJ 2º). De esta forma, la CNMC solo podría recurrir en amparo, en defensa de otros o de la legalidad, si se modifica este mismo precepto de la CE, introduciendo este organismo en alusión a sus competencias, dentro de los legitimados institucionales, junto al Ministerio Fiscal y al Defensor del Pueblo.

sentido ha advertido de que las personas jurídico-públicas solamente pueden interponer recurso de amparo en defensa de sus propios derechos, de aquellos de los que pueden ser titulares. No se da el caso, pues la CNMC no actúa en el mercado como operador, que son los que pueden invocar las libertades de circulación, de establecimiento o la igualdad frente al resto de operadores.

4. LA LEGITIMACIÓN PASIVA

La legitimación pasiva corresponde a quien en el proceso asume el papel de parte recurrida o demandada. En todo caso, esta posición será ocupada por una Administración Pública. Así lo exige la LJCA, y el objeto mismo del proceso.

Del tenor literal de la norma, como decíamos, se extrae que la legitimación pasiva corresponde a “cualquier Administración pública”. No obstante, debemos determinar el contenido de la afirmación, es decir, determinar qué debemos de entender, en este proceso, como Administración pública.

Esta cuestión, es resuelta mayormente por la legislación. El art. 1.2 y 1.3 LJCA expone que debemos entender por Administración pública en el proceso contencioso – administrativo. Así, a efectos procesales, podemos distinguir hasta cinco categorías de Administración Pública:

- 1) la Administración General del Estado
- 2) las Administraciones de las Comunidades Autónomas,
- 3) la Administración Local y
- 4) las entidades de derecho público que sean dependientes o están vinculadas a las Administraciones anteriores.
- 5) Órganos constitucionales⁴⁹⁵, cuando llevan a cabo actuaciones materialmente administrativas.

⁴⁹⁵ Dentro de estos, el art. 1.3 LJCA menciona de forma expresa al Congreso de los Diputados, Senado, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, Administración electoral y Consejo General del Poder Judicial.

Sin necesidad de ahondar sobre la en concepto de administración a efectos del proceso contencioso-administrativo, y sobre su personificación y características si debemos hacer algún apunte que nos permita comprender mejor la materia que nos ocupa, la legitimación pasiva en el proceso especial de garantía de la Unidad de Mercado.

Lo primero que hay que señalar que nuestras normas utilizan un criterio subjetivista – no objetivista por las funciones públicas que desempeñen-, siendo administración aquellos sujetos que tengan reconocida su personalidad jurídica pública propia⁴⁹⁶. Junto a las Administraciones, la LJCA otorga el conocimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa en conocimiento de asuntos relacionados con las actuaciones materialmente administrativas de órganos constituciones, aun cuando no son Administración.

Lo segundo es que, en función del criterio subjetivista, debemos entender incluidas como Administraciones públicas a los entes públicos personificados que tengan un carácter territorial y a las que no tengan un carácter territorial –conocidas como Administración institucional o instrumental-. Dentro de estos, podemos encontrarnos con los cuatro tipos de Administración que distingue PARADA: la Administración Institucional, la Administraciones independientes, la Administración corporativa⁴⁹⁷ y la Administración consultiva y de control⁴⁹⁸.

Por último, y como mero apunte, a la hora de determinar la Administración o Administraciones frente a las que se debe presentar el Recurso especial de garantía de la Unidad de Mercado, debemos estar a las reglas del art. 21. 2 LJCA en cuanto a las actuaciones que han requerido la intervención de otra Administración en función

⁴⁹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-R., *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I.*, op. cit., págs. 49 a 63.

⁴⁹⁷ Sin entra en la discusión sobre la naturaleza de las Corporación de Derecho Público, pues no es el objeto de este trabajo, si hemos de reconocer que, en ocasiones las leyes le otorgan personalidad jurídico-publica, y que en todo caso, cuando ejerzan funciones públicas, se someten a la jurisdicción contencioso-administrativa, según lo dispuesto en el art. 2.1 c) LJCA.

⁴⁹⁸ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo. Tomo I*, Ed. OPEN, Madrid, 2013, págs. 287 a 412. También GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-R., *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I.*, op. cit., págs. 399 a 470.

fiscalizadora, del art. 21.3 LJCA si se trata de recursos contra las resoluciones de los recursos especiales en materia de contratación pública y del art. 21.4 LJCA respecto del recurso indirecto contra una disposición de carácter general.

Es vista de lo anterior, podemos entender que la legitimación pasiva puede ostentar, como recita el art. 127 bis.1 LJCA “cualquier Administración Pública”. Y debemos entender incluidas dentro de esta afirmación a todas las Administraciones Públicas que lo sean de forma subjetiva, por tener condición de persona jurídico-pública.

Pero cabe reflexionar en la idea de si dentro de este proceso especial, cabe reconocer legitimación pasiva a los órganos constitucionales cuando llevan a cabo actuaciones administrativas –administración objetiva o funcional-. También si a CNMC puede o debe dirigirse contra aquellos sujetos a los que las reglas generales de legitimación posicional como demandados en el art. 21 LCJA. También cabe que veamos la aplicación al presente proceso de la excepción de recurrir a la Administración matriz de la que depende la CNMC, contemplada en el art. 20 LJCA. Comencemos por este último supuesto.

4.1 La Administración General del Estado como Administración matriz y la aplicación de la excepción legitimadora del art. 20 LJCA

Ya hemos mencionado, al hacer estudio sobre la legitimación activa, que la CNMC puede actuar como recurrente y demandante en este proceso especial de garantía de la Unidad de Mercado, frente a las actuaciones de la Administración General del Estado (art. 55 LRJSP) y sus entidades dependientes o vinculadas - Organismos autónomos y Entidades Públicas Empresariales (art. 84.1 a) LRJSP)-. Nada más tenemos que mencionar al respecto.

Solamente debemos hacer un recordatorio, desde el punto de vista de la legitimación pasiva, siendo posible que esta recaiga sobre esta Administración. De esta forma, la CNMC entra dentro del tipo de los organismos o entes que quedan exceptuados de la regla general que limita la legitimación activa respecto de la Administración matriz. Se amplía por tanto el ámbito subjetivo de la legitimación pasiva en este proceso especial.

Por lo demás, ha de recordarse que la Administración General del Estado no será la que genere más conflictos sobre la unidad de mercado, pues sus actuaciones ya tienen un alcance nacional, aplicándose de forma uniforme en todo el territorio español. Así se remarca en la D.A. Primera LGUM. Si bien hemos visto que esto no descarta en absoluto que pueda actuar vulnerado a unidad de mercado, si lo hace más extraordinario.

4.2 Las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración local

Las Administraciones de las Comunidades Autónomas también son sujetos de legitimación pasiva. Pero, al igual que en el caso de la Administración General del Estado, por Administración de la Comunidad Autónoma debemos entender, no solo la administración en sentido estricto, sino a todos aquellos entes creados por ellos y dependientes o vinculados a ellos.

Dentro de las administraciones locales, debemos entender incluidas las más comunes – recogidas directamente en la propia CE-, que son el municipio y la provincia. Si bien comparten el adjetivo de localidad con otros entes supramunicipales que no son la provincia. Así, nos encontramos con mancomunidad, comarcas y áreas metropolitanas (LBRL).

4.3 Otros codemandados

Mencionamos al principio de este apartado que el art. 127 bis.1 LJCA cita como demandas o recurridas por la CNMC a “cualquier administración pública”. Vistos los términos en que debemos entender hecha esta alusión, cabe preguntarse si la CNMC puede o debe demandar, dentro de este proceso especial, a otros sujetos que no tengan la consideración de Administración Pública.

La conveniencia de esta pregunta deriva de la regulación que hace el art. 21 LJCA sobre quien deben ocupar la posición pasiva en los procesos contenciosos-administrativos. Así, el art. 21.1 b) y c) dice que se consideran parte demandada a las “personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante” y a las “aseguradoras de las

Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren”.⁴⁹⁹También de la mención que hace el art. 1.3 LJCA de los órganos constitucionales que lleven a cabo actuaciones materialmente administrativas.

¿Debe la CNMC incluir a estos sujetos dentro de su recurso o de su demanda? ¿Deben ser considerados como investidos de legitimación pasiva en el proceso especial de garantía de la Unidad de Mercado?

a) Órganos constitucionales que lleven a cabo actuaciones materialmente administrativas

En cuanto a esto órganos, aun siendo públicos, no podemos decir que sean calificados como Administraciones públicas en sentido procesal anteriormente visto, en alusión al criterio subjetivista que se sigue en nuestro ordenamiento jurídico administrativo y procesal administrativo. Pero si se atribuye, en los procedimientos ordinarios, la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa del conocimiento de aquellas actuaciones materialmente administrativas. ¿Es así también en el proceso especial de garantía de la Unidad de Mercado?

El art. 127 bis.1 LJCA parece cerrar la legitimación pasiva en torno a las Administraciones Públicas, lo cual siguiendo el criterio subjetivista, parecería excluir los órganos constitucionales que estudiamos en este apartado.

b) Aseguradoras de las Administraciones públicas

Nos dice el art. 21.1 c) LJCA que “Se considerarán parte demandan: [...] las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre se consideraran parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren”.

⁴⁹⁹ Para una breve descripción de estos sujetos, así como de la evolución que han experimentado desde la LJCA 56, véase MENÉNDEZ GARCÍA, P., “Capacidad Procesal y legitimación ante la jurisdicción contencioso-administrativa”, en *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor. Vol. I.*, (Dir. Soriano García, J. E.; Coord. Estepa Montero, M.), Ed. Iustel, Madrid, 2014, págs. 819 a 824

Las aseguradoras responden por los daños y perjuicios patrimoniales que la Administración asegurada ocasione objetivamente con sus actuaciones. Es por ello que deban ser siempre consideradas como parte codemandada junto a la Administración a la que extienden su cobertura, cuando esta deba responder de estos daños⁵⁰⁰

Siendo esto así, con carácter general, debemos adelantar que las pretensiones de la CNMC no serán de contenido patrimonial, por lo que la intervención en el proceso especial de garantía de la Unidad de Mercado de las aseguradoras dependerá de la personación y la intervención de terceros, y de la oportunidad de formular pretensiones de contenido patrimonial por estos.

c) Terceros afectados por la estimación de las pretensiones del demandante

En cuanto a los terceros que puedan resultar afectados por la estimación de las pretensiones de la CNMC o de los terceros que se personen, no hay impedimento para que sean considerados como parte demandada. No obstante, el papel de la CNMC se ciñe a la impugnación de la actuación administrativa frente a la Administración que corresponda, de conformidad con las reglas del art. 21 LJCA.

El resto de interesados por ser afectados en caso de estimarse las pretensiones de la CNMC o de los que se personen como parte demandante, deberán en su caso ser emplazados por la Audiencia Nacional, y en su caso, personarse como demandados junto a la Administración recurrida⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ No necesariamente cuando se deduzca de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial, sino en todo caso en que la Administración deba responder por daños patrimoniales. Así, SANTAMARIA PASTOR, J.A., *La Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, pág. 266.

⁵⁰¹ Sobre el deber de emplazamiento, DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., "Comentario al artículo 20 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa", *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 100/1998 (octubre-diciembre), págs. 241 a 246, y SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J. A. y FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Derecho Procesal Administrativo. Tomo II.*, op. cit., pág. 527.

CAPÍTULO VI

La CNMC en los procedimientos administrativos de defensa de la unidad de mercado

1. INTRODUCCIÓN

Ya hemos visto el papel importante que realiza la CNMC como garante de la unidad de mercado en el proceso especial que se recoge en los arts. 127 bis y siguientes de la LJCA. No obstante, la LGUM introduce diversos mecanismos de protección o defensa de la unidad de mercado, que se aplican por medio de procedimientos administrativos específicos y especiales. En estos, la CNMC también puede ejercer como defensora de la unidad de mercado, adoptando diferentes posiciones, tales como ser un organismo de consulta, un punto de contacto para la reclamación administrativa o incluso iniciar ella misma el propio procedimiento en defensa de la unidad de mercado como ente legitimado bajo la premisa de una especie de legitimación universal.

En este capítulo, haremos un estudio de todas estas funciones, es decir, del papel o de la posición que la CNMC va a tener y ocupar en los procedimientos administrativos especiales regulados en la LGUM, en defensa de la unidad de mercado.

Sin embargo, obviaremos la cuestión relativa al objeto del procedimiento, pues en el capítulo en que estudiamos este asunto, ya mencionamos que el objeto, la unidad de mercado en su configuración legal, es comparativamente igual tanto en los procedimientos administrativos como en el judicial. Esto será así salvo en lo relativo a la posibilidad de formular la impugnación de disposiciones generales en vía administrativa. Respecto de esta posibilidad, es preciso que hagamos algunas valoraciones, por ser esta novedosa en nuestro Derecho, al menos en su reconocimiento legal de forma expresa, y cuyo objeto es la depuración del ordenamiento jurídico de aquellas disposiciones administrativas generales que contengan una regulación contraria a la LGUM.

Pero antes de comenzar con los análisis antedichos, es necesario que estudiemos brevemente la estructura de los dos procedimientos administrativos, y también su

naturaleza jurídica, pues con ello entenderemos mejor la posición y las funciones de la CNMC.

2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO DEL ART. 26 LGUM

Antes de comenzar con el análisis del cómo actúa la CNMC en los procedimientos administrativos de garantía de la Unidad de Mercado, se hace necesario identificar estos procedimientos y darles una resumida atención.

2.1 Estructura del Procedimiento

El procedimiento del art. 26 LGUM, es rubricado como “Procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes”. Es un procedimiento en todo caso administrativo que se sigue y tramita ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado. Posee las siguientes características, que definen la estructura de procedimiento.

2.1.1 Inicio y legitimación

a) Inicio

El procedimiento que se recoge en el art. 26 LGUM se inicia por una reclamación⁵⁰², que se interpone ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM). Pero el papel de esta dentro del procedimiento se limita, primeramente a la función de tramitación del procedimiento. Y decimos tramitación porque la Secretaría no resuelve la reclamación. La función de tramitación integra la recepción del escrito de reclamación, el impulso del procedimiento y la notificación de

⁵⁰² Si bien la ley denomina el acto de iniciación de este concreto procedimiento como una reclamación, veremos más adelante, en el apartado dedicado a la naturaleza jurídica de este, que se trata de una reclamación en sentido amplio, que da lugar a un procedimiento administrativo especial, y no una reclamación en sentido estricto.

la resolución del mismo⁵⁰³. Y posteriormente a una función consultiva con la emisión de un Informe de valoración sobre la reclamación en su conjunto.

La SECUM hace un primer análisis para determinar su admisión, en la que comprueba no solo los elementos formales que la reclamación ha de reunir, sino también sobre elementos valorativos suficientes para entender que la actuación impugnada puede ser incompatible con la libertad de establecimiento o circulación (art. 26.5 LGUM)⁵⁰⁴.

En caso de admisión, se remitirá a la autoridad competente para resolver –que será o bien la autora de la actuación, o bien el órgano de debiera resolver, en su caso, el recurso de alzada contra la misma- y a los llamados “Puntos de contacto para la unidad de mercado y solución de diferencias”. Estos últimos, podrán emitir sus informes valorando la impugnación, que se unirán al expediente y se remitirán igualmente a la autoridad competente para resolver. Por último, la propia SECUM emitirá un Informe de valoración y también lo remite a la autoridad competente para resolver.

Ciertamente la norma ordena la remisión al “punto de contacto” de la autoridad competente para resolver. Pero nos encontramos con que la LGUM no recoge que ocurre cuando la reclamación se dirige frente a una actuación de un ente local, los cuales no se recogen ni enumeran entre los puntos de contacto. En mi opinión, y sin perjuicio de compartir algunas de las críticas que la doctrina ha vertido sobre este asunto⁵⁰⁵,

⁵⁰³ Así lo recoge CASARES MARCOS, A., “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación: procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores por las autoridades competentes”, en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentarios a la Ley de garantía de la unidad de mercado* (Dir. Alonso Mas, M. J.), Ed. La Ley, Madrid, 2014, págs. 896 a 901, la cual resume que la función tramitadora de la Secretaria del Consejo para la Unidad de Mercado, como la de ser “un interlocutor único frente al operador económico que hubiera considerado vulnerados sus derechos o intereses en la materia”.

⁵⁰⁴ Sin embargo, el APLGUM establecía que la SECUM revisaría “la reclamación para cerciorarse de que se trata de una actuación que es o puede ser incompatible con la libertad de establecimiento o circulación”. (art. 26.5), lo cual propiciaba un enjuiciamiento previo del fondo que no le correspondía, pues debía cerciorarse de la actuación reclamada podría ser –por indicios de afectación de la Unidad de Mercado esgrimido y argumentados por el reclamante- o incluso ser –como resultado de juicio valorativo-.

⁵⁰⁵ No es infrecuente la sorpresa o crítica en la técnica legislativa en referencia a este asunto. Por ejemplo, CARLÓN RUIZ, M., “Los mecanismos de protección de la unidad de mercado en el seno de la Ley 20/2013”,

entiendo que cuando se trate de actuaciones de los entes locales, la SECUM remitiría en expediente junto con su Informe de valoración al órgano actuante, bien para resolución, bien para su posterior remisión al órgano que ha de resolver; o directamente al órgano que ha de resolver si este ha sido determinado por la SECUM⁵⁰⁶. No hay punto de contacto formalizado, por lo que aunque la LGUM mantenga su remisión a los mismos, esto será una imposibilidad.

Otra de las opciones sería que en las Comunidades Autónomas, el punto de contacto determinado por esta, actúe a su vez como ventanilla única frente a las reclamaciones del art. 26 LGUM que se interpongan frente a las actuaciones de los entes locales de su ámbito territorial. De esta forma la SECUM se comunicará tan solo con el Punto de contacto de la Comunidad Autónoma, aun cuando la reclamación se dirija contra una actuación de un ente local⁵⁰⁷.

b) Legitimación.

Esta reclamación puede ser interpuesta por diferentes sujetos legitimados. En primer lugar, por los operadores económicos, es decir, cualquier persona, física o jurídica, que ejerza una actividad económica en régimen de economía de mercado, y a su vez, entienda que han sido vulnerados por la Administración sus derechos o intereses legítimos en relación con las libertades que integran la Unidad de Mercado. Esto implica

Revista Española de Derecho Administrativo (REDA), núm. 165/2014 (julio-septiembre), pág. 167; SÁNCHEZ MORÓN, M., “Nuevas garantías de derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194/2014 (mayo – agosto), págs. 303.

⁵⁰⁶ Así lo recoge SÁNCHEZ MORÓN, M., “Nuevas garantías de derecho administrativo”, op. cit., págs. 303, a quien se suma CARBONELL PORRAS, E., “La legitimación en los procedimientos de defensa de la unidad de mercado”, en *Estudios sobre la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2017, pág. 477 y 478.

⁵⁰⁷ Así, lo expresa CARLÓN RUIZ, M., “Los mecanismos de protección de la unidad de mercado...”, op. cit., pág. 168, nota al pie nº 33.; En este línea, RASTROLLO SUÁREZ, J. J., “Ordenanza municipal y unidad de mercado”, en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentarios a la Ley de garantía de la Unidad de Mercado* (Dir. Alonso Mas, M. J.), Ed. La Ley, Madrid, 2014, págs. 378 y 379, quien va más allá y afirma que la LGUM prevé la “posibilidad de que todo operador que detecte barreras a la unidad de mercado en las ordenanzas municipales se dirija directamente a cualquiera de los centros de la red de puntos de contacto [...]”.

que sólo el operador económico que describa y pruebe una relación directa entre la actuación impugnada y sus derechos e intereses legítimos, estará legitimado de forma para interponer esta reclamación ante la SCUM⁵⁰⁸.

También se reconoce legitimación activa expresa para la interposición de la reclamación que da inicio al procedimiento administrativo de defensa de la Unidad de Mercado, a las “organizaciones representativas de los operadores económicos, incluidas las Cámaras Oficiales de Comercio y las asociaciones profesionales”, siempre en defensa de los intereses colectivos a los que representan (art. 26.3 LGUM)⁵⁰⁹.

Si bien la doctrina se decanta por entender esta atribución de legitimidad a las organizaciones empresariales en términos extensos⁵¹⁰, considero que la existencia del mecanismo adicional del art. 28 LGUM, y la naturaleza especial de este procedimiento, exigen en todo caso cierta relación entre la representación que ostentan y la actuación que se pretenda impugnar. Relación que a juicio de SÁNCHEZ MORÓN, vendrá determinada “por la mayor o menor amplitud de los fines de cada institución o asociación, es decir, de los intereses colectivos que representan, y de su ámbito territorial de actuación o representación”⁵¹¹.

⁵⁰⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Nuevas garantías de derecho administrativo”, op. cit., págs. 294, quien, a mi juicio acertadamente, advierte que “estará legitimado solo el operador u operadores específicamente afectados en cada caso por la actuación recurrida, de forma que debe comprobarse que el recurrente es titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo *ad casum*”.

⁵⁰⁹ En este sentido matiza CARBONELL PORRAS, E., “La legitimación en los procedimiento de defensa...”, op. cit., pág. 482, que no se trata de aquí de una habilitación legal para la defensa de intereses colectivos, sino más bien “la defensa en común de los derechos e intereses propios de cada uno de los integrantes de la organización”.

⁵¹⁰ En este sentido CASARES MARCOS, A., “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad...”, op. cit., págs. 901 a 907; ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M., ESTOA PÉREZ, A., FERNÁNDEZ ARRANZ, G. y SOLER MATUTES, P., *Guía útil sobre la Ley de Unidad de Mercado: mecanismos de protección de los operadores económicos*, Ed. Lefebvre, Madrid, 2015, pág. 111; o ESTOA PÉREZ, A., en “Protección de los operadores en la ley de garantía de la unidad de mercado: especial referencia al recurso jurisdiccional en defensa de la unidad de mercado”, en *Estudios sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, Ed. Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2017, págs. 522 a 526

⁵¹¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Nuevas garantías de derecho administrativo”, op. cit., págs. 294.

2.1.2 Objeto del procedimiento

En cuanto a su objeto, nos remitimos al capítulo donde exponemos el objeto del proceso contencioso-administrativo especial de garantía de la Unidad de Mercado, pues es sustancialmente el mismo. Así, se recoge en el art. 26.1 LGUM que el objeto de la reclamación será cualquier “disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento o de circulación”, en los términos de desarrollo de la LGUM.

Y a este respecto sí debemos hacer dos menciones que resultan de interés. La primera de ellas es sobre la posibilidad de recurrir las disposiciones de carácter general por la vía administrativa. La segunda, tratará de algunas exclusiones que se manifiestan por parte de un sector de la doctrina.

a) Las Disposiciones de carácter general

Uno de los cambios en el paradigma actual del objeto de los procedimientos administrativos, y en definitiva de la Autotutela administrativa, es la posibilidad de recurrir a los mecanismos administrativos de garantía y defensa de la Unidad de Mercado, para impugnar las Disposiciones de carácter general.

Como regla general, estas están excluidas expresamente del objeto de los recursos administrativos ordinarios (art. 112.3 LPAC). Pero no siempre ha estado tan claro. Por ejemplo, la Ley de 17 de julio de 1958, sobre Procedimiento Administrativo, era más ambigua al respecto. Así, mientras en su art 113.2 se recogía la posibilidad de impugnar un acto alegando nulidad de una Disposición de carácter general, directamente ante el órgano que dictó esta última, en el art. 120.1 se decía de forma explícita la expresión “recurso interpuesto contra una disposición de carácter general”. Ello creó opiniones

distintas dentro de la doctrina, posicionándose a favor y en contra de la posibilidad de recurrir en vía administrativa las Disposiciones de carácter general⁵¹².

Sería la Ley 30/1992, de 26 de octubre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), la que de forma clara excluyera esta opción, al introducir en su art. 107.3 que contra “las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa”, de la misma forma que la encontramos hoy en el art. 122.3 LPAC⁵¹³.

Cabe preguntarse entonces, cuáles son los motivos por los que el legislador ha querido incluir las Disposiciones de carácter general dentro del objeto de los mecanismos y

⁵¹² A título ejemplificativo, VIVANCOS E., *Comentarios a la Ley de procedimiento administrativo*, Ed. AHR, Barcelona, 1959, págs. 183 y 184, advirtiendo que la LPA “no contempla ciertamente el caso en que recurre contra una disposición de carácter general, sino contra un acto dictado en su aplicación”, reservándose a la acción directa contra la Disposición general a la jurisdicción contencioso-administrativa, ex art. 39 LJCA 1956, en relación al art. 53 e) del mismo texto, que eximía del previo y preceptivo recuso de reposición los Recursos contencioso-administrativos frente a Disposiciones generales –si bien todo ellos anterior a la aprobación de la LPA de 1958-.

Discrepó, sin embargo, AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., *La Ley del Procedimiento Administrativo. Estudio de doctrina y jurisprudencia*, Ed. Comares, Granada, 1990, págs. 406, quien afirmó que bajo la LPA 1958, “mediante los recursos administrativos son impugnables todas las actuaciones de la Administración, tanto los actos singulares como las disposiciones generales”, añadiendo que “dado que las normas reguladoras de estos recursos no deben interpretarse restrictivamente, la impugnación de disposiciones generales puede realizarse a facultad del interesado, impugnándolas indirectamente a recurrir contra el acto que lo aplique o impugnándolas directamente”.

⁵¹³ Si bien no es infrecuente que las Disposiciones de carácter general, de distintos rangos normativos, recojan en sus textos la opción de formular recurso administrativo contra ellas (haciendo un uso extensivo de la obligación de formular un anuncio de recursos recogida en el art. 40.2 LPAC). Y en ese caso, el Tribunal Supremo ha señalado que, si el administrado hace uso de esta habilitación, aun cuando es *contra legem*, deben entenderse aplicativas todas las disposiciones normativas que integran el régimen de recursos administrados, incluso la que tiene que ver con los efectos de su interposición sobre los plazos – también para la interposición del recurso contencioso-administrativo, en su caso-, obligación de resolver y el silencio administrativo. Entre otras, STS de 19 de diciembre de 2008, FD 4º (RC 6290/2004), STS de 14 de enero de 2010 FD 6º (RC 6578/2005) o STS de 18 de mayo de 2012, FD 3º (RC 6014/2008).

procedimientos administrativos de protección, defensa y garantía de la unidad de mercado, tal y como se recogen en la LGUM.

Las razones por las que se han incluido las Disposiciones de carácter general no han sido manifestadas expresamente en la LGUM. Pero sí que podemos identificar algunos indicios en el Preámbulo de esta norma. Así, por ejemplo, se nos dice que los mecanismos específicos de protección de la Unidad de Mercado tienen el fin de “garantizar los derechos de los ciudadanos y procurar (la) agilidad necesaria en la aplicación de esta Ley” (Apartado II).

Por lo tanto, parece que uno de los motivos de la inclusión de este instrumento administrativo en el objeto formal de la reclamación del art. 26 LGUM, es proporcionar una amplia protección de los derechos y libertades que recoge la LGUM en la propia vía administrativa, protección que se da por la mayor agilidad teórica de estos procedimientos frente a los recursos administrativos ordinarios. Agilidad que es especialmente relevante si tenemos en consideración el hecho de que la norma general obligaría a acudir a la vía jurisdiccional ordinaria frente a las Disposiciones de carácter general.

Por ello sigue diciendo el preámbulo, que esta vía pretende que “se resuelvan los conflictos con la prontitud necesaria para evitar que la protección efectiva de la unidad de mercado y de los derechos de los ciudadanos y las empresas pueda resultar menoscabada” (Apartado II).

Junto a la protección de los derechos y libertades que integran la Unidad de Mercado, y la ampliación de los medios de reacción frente a las actuaciones administrativas que puedan afectarles de forma negativa, se puede identificar otro elemento más como razón de la inclusión de las Disposiciones de carácter general como objeto del procedimiento del art. 26 LGUM. Y es que también se nos dice que estos procedimientos “permitirán que, en aquellas situaciones en que el interés general representado por la unidad de mercado puede verse vulnerado por la actuación pública, el interesado pueda [...] acudir a esta nueva alternativa que se configura” (Apartado II).

Es decir, que el otro motivo por el que se pudieron haber incluido las disposiciones de carácter general dentro del objeto de la reclamación del art. 26 LGUM, es la misma

protección del interés general, cuando este venga representado por la Unidad de Mercado⁵¹⁴. Y es al interés general al que debe servir la Administración reclamada en todas sus actuaciones, también en las normativas, es decir, en las Disposiciones de carácter general (art. 103.1 CE)⁵¹⁵.

No obstante, tal afirmación, transcrita de la LGUM, puede resultar algo sorprendente, pues si se manifiesta querer proteger el interés general, haciendo una expansión del objeto formal del recurso especial, esta no se ve igualmente correspondida en el régimen de legitimaciones expresamente recogido en el art. 26 LGUM. Y es que no se da legitimidad activa en este procedimiento a la propia CNMC –que si actúa una vez admitida a trámite la reclamación-, organismo administrativo principal y destacado en la protección y garantía de la Unidad de Mercado, y que por lo tanto tiene como una de sus principales funciones la protección del interés general en relación a la Unidad de Mercado.

A esto hay que añadir que la protección del interés general manifestado será un fin de la reclamación frente a una Disposición de carácter general –o cualquier otra actuación administrativa-, pues el procedimiento del art. 26 de la LGUM tiene por finalidad primaria la protección y garantía de las libertades de circulación y establecimiento de los operadores económicos. Se podría entender que atendiendo a estas, se atiende en definitiva al interés general.

Por último, se ha querido ver en la inclusión de las Disposiciones de carácter general dentro del objeto del procedimiento del art. 26 LGUM, otra razón o motivo singular. Y

⁵¹⁴ Sobre el interés general, resulta de interés la lectura de PAREJO ALFONO, L., *Derecho Administrativo*, Ed. Ariel, Barcelona, 2003, págs. 769 a 775; y NIETO GARCÍA, A., “La Administración sirve con objetividad a los intereses generales”, en la *Estudios sobre la Constitución española. Libro homenaje al Profesor García de Enterría, Vol. III.*, Ed. Civitas, 1991, págs. 2185 a 2253.

⁵¹⁵ A este respecto, el art. 103.1 CE debe analizarse en relación con el art. 97 CE, que exige que la potestad reglamentaria, manifestada por Disposiciones Generales, se ejerza “de acuerdo con la Constitución y la leyes” Y es la misma Constitución la que relaciona las Disposiciones de Carácter General, con los fines que la justifican, que serán en todo caso fines de interés general. De esta forma, la propia Carta Magna, establece cuando la Administración Pública actúa por medio de Disposiciones Generales, debe seguir sirviendo con objetividad al interés general.

no es otro que el establecimiento de un sistema unitario de recursos especiales frente a las actuaciones administrativas contrarias a la Unidad de Mercado⁵¹⁶.

De esta forma se establece el mismo objeto de impugnación tanto en el procedimiento que regula en art. 26 de la LGUM como en el recurso contencioso-administrativo especial para la garantía de la Unidad de Mercado del art. 127 bis y siguientes LJCA. Se da así cuerpo a un sistema de impugnación especial que permite un tratamiento específico e igual, centrando el objeto, en todas sus fases procedimentales y procesales, con el objetivo último de garantizar la existencia y permanencia del Principio de Unidad de Mercado en toda actuación administrativa que pueda afectarle.

b) Exclusiones.

Si bien la LGUM reconoce *ex lege* la posibilidad de reclamar frente a toda actuación administrativa –incluyendo expresamente la inactividad y la vía de hecho–, no todos en la doctrina parecen de acuerdo con tal afirmación, al menos no en todos los supuestos.

La crítica se posiciona respecto del reconocimiento de una suerte de legitimación universal –que después veremos con detenimiento y a la que la LGUM denomina como “acción popular” (DA 5ª LGUM)– que excluye la relación directa e incluso la indirecta entre la actuación y el sujeto reclamante en sus derechos subjetivos o intereses legítimos. Y se cuestiona que esta legitimación universal permita presentar la reclamación prevista en el art. 26 LGUM frente a toda clase de actuación administrativa, tal y como la venimos entendiendo en este trabajo.

Concretamente, se pretende la exclusión del objeto de reclamación para el caso de un tercero sin relación directa o, al caso indirecta, que ejerza esta mal llamada “acción pública”, de la Inactividad administrativa y de la actuación que constituya una vía de

⁵¹⁶ Así se expresa, por ejemplo ESTOA PÉREZ, A., “Protección de los operadores en la ley de garantía de la unidad de mercado: especial referencia...”, op. cit., págs. 523, al decir que la “extensión a la vía administrativa de la reclamación frente a disposiciones generales [...], está relacionada con la conexión entre esta reclamación y el recurso jurisdiccional especial en materia de la unidad de mercado”.

hecho. Y la base argumentativa deriva de las propias limitaciones que con carácter general establece la LJCA para la acción pública (art. 19.1h LJCA).

Y entre estas limitaciones, se encuentran precisamente la imposibilidad de que la acción popular se dirija frente a la inactividad administrativa, o a la vía de hecho⁵¹⁷. Por ello, en relación a Unidad de Mercado y al procedimiento del art. 26 LGUM, algunos autores excluyen de la llamada “acción popular”, tanto la inactividad, por referirse a una prestación concreta ante la que solo puede reclamar “quien tuviera derecho a ella” (art 29.1 LJCA), es decir, que solo el sujeto al que se le reconoce la prestación se le reconoce legitimación activa, como a la vía de hecho, por requerir la LJCA que sea el propio interesado quien recurra (art. 30 LJCA)⁵¹⁸.

Sin embargo, como veremos *infra*, no estamos realmente ante una acción popular o pública, ni en un proceso contencioso-administrativo, por lo que no son aplicables las limitaciones expuestas. Es la propia LGUM, en su tenor literal (art. 26.1 en relación con la DA 5ª LGUM), la que permite y posibilita esta opción.

Es por ello que, en mi opinión, y dejando a un lado las particularidades del sistema de legitimación al que después dedicaremos más espacio, no puede apreciarse exclusión alguna del objeto de la reclamación del art. 26 LGUM, pudiendo interponerse frente a cualquier actuación administrativa que sea contraria a la Unidad de Mercado

2.1.3 Terminación y Resolución.

El procedimiento puede finalizar con tres pronunciamientos diferentes: por inadmisión, por estimación y por desestimación.

⁵¹⁷ Por ejemplo, TESO GAMELLA, Mª P.: “Legitimación y acción popular. Novedades jurisprudenciales” en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 36/2009, pp. 71 y ss.; REGO BLANCO, Mª D., “La acción popular como legitimación para interponer el recurso contencioso administrativo en España. Estudio para una perspectiva de Derecho Comparado” en *Contencioso Administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (Coord. Fernández Ruíz y Santiago Sánchez), Universidad Autónoma de México, 2007.

⁵¹⁸ GONZÁLEZ RÍOS, I., “Las vías alternativas de recurso en el ámbito de la unidad de mercado”, en *Las vías administrativas de recurso a debate - Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores del Derecho Administrativo* (Coord. López Ramón, F.), Ed. INAP, Madrid, 2016, págs. 449 y 450

¿Qué ocurre en caso de inadmisión? Nada dice la LGUM sobre las posibilidades de recurrir y ante quien esta decisión. Y no sería extraño que ante una decisión de inadmisión, el reclamante decidiera manifestar su disconformidad mediante un recurso, puesto que la SECUM hace un primer juicio, sobre la adecuación de la actuación impugnada a lo establecido por la LGUM, que será contrario al que hace en reclamante. Es decir, que habiendo o no una inadmisión por defectos de forma, puede haberla por la toma de decisión sobre el fondo de la cuestión, siendo que la SCUM no es la autoridad competente para resolver sobre el fondo.

Entiendo sin embargo, que el régimen de admisión habrá de aplicarse con sujeción también a las normas que rigen el procedimiento común, y que constituyen para el caso un régimen supletorio (DA 1ª LPAC). Así, la SECUM solamente podrá decretar la inadmisión por motivos que no sean estrictamente formales cuando la reclamación sea manifiestamente infundada, lo cual se habrá de motivar suficientemente⁵¹⁹ (arts. 35.1 b y 116.e LPAC)⁵²⁰.

⁵¹⁹ CARLÓN RUIZ, M., “Los mecanismos de protección de la unidad de mercado...”, op. cit., pág. 167, que aboga por una interpretación restrictiva de lo expuesto en la LGUM sobre la inadmisión.

En la misma línea, CASARES MARCOS, A., “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad...”, op. cit., págs. 913 , al entender que solo cabría la inadmisión en “caso de entender que no concurren los requisitos mínimos como para invocar una posible e hipotética incompatibilidad de la actuación impugnada con la libertad de establecimiento o de circulación”

⁵²⁰ Si bien este régimen inadmisión es el propio de los recursos administrativo, en la medida en que se trata de un mecanismo igualmente impugnatorio, puede hacerse extensivo al procedimiento del que hablamos. No obstante, sobre el mismo, se han planteado dudas por el CGPJ, concretamente respecto de motivo de inadmisión que refiere al inadecuado fundamento (art. 116.e LPAC). El CGPJ, en su Informe jurídico sobre el Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de 05 de marzo de 2015, manifiesta que “[...] en vía de recurso, y en trance de decidir sobre su admisibilidad, se impone un pronunciamiento restringido en orden a la apreciación de las causas de inadmisión, sobre todo la referida a la carencia manifiesta de fundamento, que, como su nombre indica, ha de ser palmaria y evidente, sin que pueda ser utilizada fuera de esos términos como mecanismo de desestimación anticipada del fondo, pues lo contrario sería prejuzgar los elementos de juicio que pueden aportarse en el procedimiento, cuando, lejos de ello, se debe propiciar un criterio *pro actione* que supere interpretaciones formalistas de los motivos de inadmisión [...]” (Apartado VI.7, pág. 99).

También debemos preguntarnos si contra la Resolución de inadmisión, puede actuar el reclamante ejerciendo su derecho a presentar algún tipo de Recurso. Y, siendo como es un acto de trámite cualificado, lo cierto es que pueden darse dos soluciones diferentes.

Por un lado, si atendemos a los efectos de la reclamación, vemos que la Resolución de esta pone fin a la vía administrativa, manifestándose como si fuera la Resolución de un Recurso de Alzada o de Reposición (art. 26.7 LGUM). En ese caso, tan solo cabría presentar, si hubiera fundamento para ello, un Recurso Contenciosos - Administrativo ordinario (art. 122.3 LPAC), pues la inadmisión en sí misma no entraría dentro del objeto del proceso especial de garantía de la Unidad de Mercado.

Sin embargo, atendiendo a la literalidad de la norma, lo que realmente pone fin a la vía administrativa son las Resoluciones de la Autoridad competente, y no a las Resoluciones de la SECUM. Por ello, y siguiendo el régimen común de recursos administrativos, cabría pensar y admitir la posibilidad de interponer un Recurso de Alzada ante el superior jerárquico, pues el acto de inadmisión no pondría fin a la vía administrativa, por no encontrarse en ninguno de los supuestos del art. 114 LPAC y por lo tanto encontrarse dentro del objeto de este recurso, tal y como se describe en el art. 121.1 LPAC, sin que la misma LGUM imposibilite esta opción. Sin embargo, perdería este procedimiento todo su sentido, pues trata de dar una solución pronta que se demoraría con la interposición de un Recurso cuyos plazos de resolución son los ordinarios.

Si bien, como decíamos, nada lo impediría, parece mucho más acorde con la lógica del procedimiento y del mismo sistema creado por la LGUM que el reclamante pueda, en caso de producirse la inadmisión, y si tuviere oportunidad para ello, por poner fin a la vía administrativa la actuación inicialmente impugnada, y sino una vez agotada esta⁵²¹,

⁵²¹ CASARES MARCOS, A., "Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad...", op. cit., págs. 913, plantea dudas respecto de si es posible, una vez presentada la reclamación del art. 26 LGUM y si esta es inadmitida, interponer recursos administrativos ordinarios. En mi opinión, tal posibilidad queda intacta para el sujeto legitimado, en tanto que la inadmisión supone excluir siquiera la iniciación de procedimiento. Además, el art. 26.9 LGUM admite expresamente esta posibilidad resto de los motivos de impugnación distinto al propio de la reclamación del art. 26 LGUM, y en mi opinión no excluye tampoco los motivos relativos a la Unidad de Mercado.

solicitar de la CNMC la interposición del recurso especial contencioso-administrativo para la garantía de la Unidad de Mercado.

Por otro lado, CARLÓN RUIZ llama la atención sobre un problema posterior, y es que la autoridad competente para resolver puede, aun cuando la SECUM admita la reclamación acordar su inadmisión “por entender que no concurren en la misma los requisitos –de motivación, temporales o, en su caso, de legitimación o competencia– que permitan entrar en el fondo”⁵²².

En todo caso, esta inadmisión si entra de lleno en el ámbito de aplicación del art. 26.7 LGUM, por ser una resolución de la autoridad competente, y contra ella ya solo cabe, de nuevo, recurso contencioso-administrativo ordinario⁵²³.

2.2 Naturaleza Jurídica.

2.2.1 Apreciaciones conceptuales y terminológicas.

Dice la norma que el procedimiento se inicia por medio de una “reclamación” (art. 26.1 LGUM). Y si bien el término de “reclamación” ha sido utilizado de forma ambigua en nuestros textos normativos⁵²⁴, es quizás una expresión a la que acude el legislador *ius administrativista* ante un procedimiento impugnatorio que no es un recurso administrativo *strictu sensu*.

⁵²² CARLÓN RUIZ, M., “Los mecanismos de protección de la unidad de mercado...”, op. cit., pág. 169.

⁵²³ De forma contraria piensa CARLÓN RUIZ, M., “Los mecanismos de protección de la unidad de mercado...”, op. cit., pág. 169 y 170 para quien el supuesto de inadmisión por la autoridad competente se integra en los supuesto del art. 26.7 LGUM a los efectos de recurso, por ser igualmente un resolución que no satisface los derechos o intereses de los reclamantes. Sin embargo, si bien se integra a los efectos jurídicos del acto, también al de recursos, no debemos olvidar el limitado ámbito objetivo del proceso contencioso-administrativo especial de garantía de la Unidad de Mercado. No creo que la inadmisión se encuentre integrado en este concreto ámbito.

⁵²⁴ Así lo expresaron GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-R., *Curso de Derecho Administrativo. Vol. II.*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, págs. 96 y 97, al decir que el término reclamaciones “suele emplearse por las normas positivas en muy diversos sentidos”, pasado a ejemplificar la afirmación.

Por lo general, las reclamaciones dan inicio a un procedimiento administrativo donde la Administración toma una decisión y la emite y manifiesta mediante un acto administrativo en forma de Resolución. Sin embargo, el recurso administrativo es una posibilidad de reacción del administrado frente a una actuación resolutoria anterior de la Administración.

En este sentido, parece que el procedimiento que se recoge en el art. 26 LGUM, se asemeja más a un recurso que a una reclamación, al menos en relación a las disposiciones generales y los actos administrativos –ya sean presuntos o expresos-.

Sin embargo, no es así en lo que atañe a la inactividad administrativa o la actuación que constituye una vía de hecho. Frente a estos, la LJCA contempla dos posibilidades de reacción. Por un lado, una reclamación frente a la inactividad (art. 29.1 LJCA), y por otro, un requerimiento de cese frente a la vía de hecho (art. 30 LJCA). En ningún caso, ni la reclamación ni el requerimiento tienen naturaleza de recurso administrativo⁵²⁵.

Es por ello que, en conjunto, no estamos ante un recurso administrativo en su terminología más original, aun cuando comparte la naturaleza impugnatoria de las actuaciones de la Administración Pública. Es por ello que en sentido laxo y amplio que le da el legislador al término y al concepto de reclamación, puede aceptarse el uso de este para el procedimiento del art. 26 LGUM.

2.2.2 Discusión y confusión sobre la naturaleza jurídica de la reclamación del art. 26 LGUM.

En cualquier caso, y por obvio que resulte recordarlo, se trata de un procedimiento administrativo. Es un procedimiento que se inicia, prosigue y finaliza ante y frente a una Administración Pública. Y como decíamos, un procedimiento

⁵²⁵ Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo, entre otras, en las STS de 3 de enero de 2013 (RC. 5273/2011), FD Séptimo, al indicar que los procesos contencioso-administrativos, aun cuando medie una resolución de la reclamación del art. 29.1 LJCA o requerimiento del art. 30 JCA, no se dirigen contra estas, sino contra aquellas –inactividad o vía de hecho-. Por el contrario, si tuvieran naturaleza de recurso administrativas, la actividad impugnada sería el acto resolutorio del recurso administrativo, y no la inactividad o la vía de hecho.

administrativo impugnatorio, pero sobre el que no hay acuerdo acerca de su naturaleza jurídica.

Algunos autores afirman que el procedimiento contemplado en el art. 26 LGUM, es un “nuevo tipo de recurso administrativo”; en realidad un Recurso Administrativo Extraordinario⁵²⁶, pero no especial. Otros, sin embargo, lo definen como una “especie de vía administrativa-arbitral de resolución de diferencias”⁵²⁷.

Lo cierto es que ni siquiera la propia Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado pareció tenerlo claro en todo momento. Por un lado, define el procedimiento del art. 26 como “una nueva alternativa al sistema administrativo de recursos”⁵²⁸. Posteriormente, nos dice que se trata de un “mecanismo de intercambio de buenas prácticas –*peer review*– entre AAPP y como procedimientos orientados a evitar problemas concretos de aplicación de la LGUM mediante el establecimiento de criterios comunes”⁵²⁹. Por último, se afirma que entra dentro de los “mecanismos de disciplina de las Administraciones Públicas [...] vía privilegiada para disciplinar la acción de todas las Administraciones y promover el cambio y la evolución evitando, en su caso, la inacción, y dando la participación y la iniciativa a la sociedad civil”⁵³⁰.

Como vemos, hasta tres definiciones diferentes y en algunos casos incompatibles entre sí, que da la propia Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, demostrando con

⁵²⁶ Véase SÁNCHEZ MORÓN, M., “Nuevas garantías de derecho administrativo”, op. cit., págs. 292 a 294.

⁵²⁷ Vid. PADRÓS REIG, C. y MACÍAS CASTAÑO, J. M., “Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194/2014 (mayo – agosto), págs. 135 a 138, quienes lo define así en base a la Orden ECC/250/2014, de 20 de febrero, califica el procedimiento como “nueva alternativa al sistema administrativo de recursos”.

⁵²⁸ SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO, en un artículo escrito por ÁLVAREZ SUÁREZ, M., “Mecanismos de protección para los operadores de los artículos 26 y 28 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *Boletín Económico del ICE* nº 3057/2014 (noviembre), pág. 3, siguiendo lo recogido de forma expresa por la Orden ECC/250/2014, de 20 de febrero.

Esta, a su vez, adopta la denominación que le da el Preámbulo de la LGUM, en el Apartado II.

⁵²⁹ SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO, en un artículo escrito por ÁLVAREZ SUÁREZ, M., “Mecanismos de protección para los operadores de los artículos 26 y 28...” op. cit. pág. 3

⁵³⁰ SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO, en un artículo escrito por ÁLVAREZ SUÁREZ, M., “Mecanismos de protección para los operadores de los artículos 26 y 28...” op. cit. pág. 3.

ello la necesidad de determinar, en la medida de lo posible, su naturaleza, estableciendo con ello sus efectos jurídicos.

Si bien la llamada reclamación se presenta frente a un órgano –la Secretaría del Consejo de la Unidad de Mercado-, que es diferente y no superior al que dictó el acto, y en muchos casos incluso de una Administración distinta, no es este quien resuelve, sino quien solamente lo tramita. Sin embargo, con la presentación de la reclamación se inicia un procedimiento nuevo y diferente del que trae causa.

Al respecto de lo dicho, y con el fin de asentar las bases para determinar su naturaleza jurídica, debemos preguntarnos si nos encontramos ante uno de los supuestos del art. 112.2 LPAC. Y creo que no⁵³¹, por una razón muy concreta. El art. 112.2 LPAC recoge una potestad de sustitución del régimen de recursos ordinarios por otros sistemas de resolución. Pero en el caso que estudiamos, el régimen ordinario de recursos administrativo no se sustituye⁵³², pues el operador puede acudir libremente a una u otra vía. Además, tampoco se resuelve por órganos colegiados creador *ad hoc*⁵³³, exigencia determinante para poder hablar de los procedimientos en sustitución de los recursos administrativos de los que habla el art. 112.2 LCAP.

2.2.3 Procedimiento especial

⁵³¹ En contra, GONZÁLEZ RÍOS, I., “Las vías alternativas de recurso en el ámbito...”, op. cit., págs. 446 y 448, para quien este tipo de procedimiento es una manifestación concreta de la potestad de exclusión del régimen común de recursos del art. 112 LPAC (en referencia al anterior, pero de igual contenido art. 107.2 LRJAP-PAC).

⁵³² En este sentido, CARBONELL PORRAS, E., en “La legitimación en los procedimientos en defensa...”, op. cit., págs. 475 a 477.

⁵³³ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Nuevas garantías de derecho administrativo”, op. cit., págs. 292.

El procedimiento administrativo especial, es aquel que, en palabras de GONZÁLEZ NAVARRO, “ha sido pensado para una hipótesis particular y concreta cuyo contenido aconseja una tramitación distinta de la general”⁵³⁴.

Bajo esa definición, se dice que los requisitos para poder hablar de un procedimiento administrativo especial se pueden resumir en dos, que han de darse de forma conjunta⁵³⁵:

- Requisito formal: el procedimiento debe tener una tramitación diferente y diferenciada del procedimiento general o común.
- Requisito material: el objeto del procedimiento ha de ser exclusivo y extraordinario, en referencia al objeto general y ordinario del procedimiento común.

Conviene, con el fin de responder a la pregunta de si estamos o no ante un procedimiento administrativo especial, que analicemos si en el procedimiento del art. 26 LGUM, para la protección de los operadores económicos, se pueden observar los requisitos enunciados. Requisitos que deben entrar en contraste con los procedimientos ordinarios de los que es alternativo.

a) Requisito formal

Son varias las notas de especialidad formal que encontramos en la regulación del procedimiento de reclamación del art. 26. LGUM. En primer lugar, la dicotomía existente entre el órgano que recibe, tramita y notifica –la Secretaria del Consejo para la Unidad de Mercado-, y el órgano que ha de resolver, que será el que realizó la actuación impugnada en caso de que agote la vía administrativa –quien habría de resolver, en su caso, en Recurso de Reposición-, o el superior jerárquico en caso de que no agotase la

⁵³⁴ Véase GONZÁLEZ NAVARRO, F, “Estudio Preliminar”, en *Procedimientos Administrativos Especiales*, Vol. I. (Dir. González Navarro, F.), Ed. Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967, págs. 17 a 19.

⁵³⁵ GONZÁLEZ NAVARRO, F, “Estudio Preliminar”, op, cit., págs. 17 a 19.

vía administrativa –quién habría de resolver, en su caso, el Recurso de Alzada- (art. 26.5 LGUM).

En segundo lugar, su tramitación es diferente por incluir la obligación de comunicar la presentación y admisión de esta a los diferentes puntos de contacto a los que se refiere la LGUM (art. 26.4). Estos tendrán la posibilidad de hacer valer su opinión en el procedimiento a través de Informes que han de unirse al expediente y de los que por ello se da traslado a la autoridad competente para resolver. Es esta línea, la SECUM debe emitir también un Informe de valoración, que si bien no es vinculante, si ha de ser tenido en cuenta por la autoridad competente para resolver, en los términos que más adelante veremos (art. 26.5 LGUM).

También ha de tenerse en cuenta lo relativo a los plazos para la presentación de un recurso, reclamación o requerimiento, según el caso de disposiciones generales y actos, inactividad o vía de hecho respectivamente, frente a la actuación impugnada cuando su objeto no sea la vulneración de los derechos y libertades que integran la Unidad de Mercado, es decir, por la vía administrativa ordinaria. La prescripción del plazo se interrumpe con la presentación de la reclamación del art. 26 LGUM y volvería contar desde el inicio una vez inadmitida o desestimada esta reclamación (art. 26.9 LGUM)⁵³⁶. De esta manera se amplía al plazo de impugnación ordinario en tanto no se resuelva sobre la reclamación.

Por último, se trata de un procedimiento alternativo, no excluyente y no concurrente. Es alternativo de los procedimientos impugnatorios ordinarios, con los que no puede concurrir.

⁵³⁶ A este respecto, parte de la doctrina manifiesta dudas en dos sentidos. Por un lado, se pregunta si la inadmisión, permite acudir posteriormente a la vía de los recursos ordinarios. En mi opinión, sí, pues el mismo art. 26. 9 LGUM menciona de forma expresa la inadmisión, pero siempre que se aduzcan otros motivos de impugnación que no sean la vulneración de la Unidad de Mercado –sin perjuicio de reproducir igualmente estos en el recurso, junto a aquellos-. Por otro lado, se plantea si el plazo para la interposición de los recursos ordinarios, si inicia o se reanuda. Creo que el texto de la LGUM es claro, indicando en el art. 26.9, que se “inicia”, aun cuando ello suponga la ampliación de plazo general y común de los recursos. Sobre estas dudas, véase CASARES MARCOS, A., “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad...”, op. cit., págs. 913, 916 y 917.

Es cierto que algunos autores han expresado dudas jurídicas en relación a la alternatividad de este procedimiento⁵³⁷. Dudas que no comparto. Parece claro que es un procedimiento alternativo de la impugnación de los actos administrativos, contra los que cabría un recurso administrativo que se ve desplazado con la interposición de la reclamación del art. 26 LGUM. En esta línea, reclamación del art. 26 LGUM, como procedimiento alternativo, vendría, en su caso a reemplazar tanto la reclamación previa del art. 29 LJCA frente a la inactividad administrativa, como a la intimación previa del art. 30 LJCA contra la actuación que constituya una vía de hecho, debiendo entenderse cumplidos estos trámites cuando se presente una reclamación administrativa para la garantía de la Unidad de Mercado⁵³⁸.

Por lo tanto la duda se circunscribe especialmente en la impugnación de las Disposiciones de carácter general. Cierto es que estas no tienen una vía administrativa de recurso, por lo que permitir su impugnación en esta reclamación, no parece realmente una alternativa. La alterativa se define por la posibilidad de elección entre dos o más

⁵³⁷ Véase CARLÓN RUIZ, M., “Los mecanismos de protección de la unidad de mercado...”, op. cit., pág. 163 a 166, la cual pone en duda el carácter alternativo de la reclamación, especialmente frente actuaciones que no tiene más vía que esta para su reclamación en vía administrativa, como las Disposiciones de carácter general. En el mismo sentido GONZÁLEZ RÍOS, I., “Las vías alternativas de recurso en el ámbito...”; op. cit., pág. 449. También RODRÍGUEZ BEAS, M., “Los mecanismos de protección de los operadores económicos en garantía de la unidad de mercado: nueva vía alternativa al sistema administrativo de recursos”, en *Las vías administrativas de recurso a debate - Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores del Derecho Administrativo* (Coord. López Ramón, F.), Ed. INAP, Madrid, 2016 págs. 583 a 540.

Afirma sin embargo la absoluta alternatividad CASARES MARCOS, A., “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad...”, op. cit., pág. 912.

⁵³⁸ En este sentido, CARLÓN RUIZ, M., “Los mecanismos de protección de la unidad de mercado...”, op. cit., pág. 165.

En contra, SÁNCHEZ MORÓN, M., “Nuevas garantías de derecho administrativo”, op. cit., págs. 298 y 299, para quien la LGUM, al remitirse a la propia LJCA, vendría a recoger una sobre reclamación, pues solo es inactividad administrativa la que se ha reclamado en los términos del art. 29 LJCA y aun así se mantiene. Si ese fuera el caso, tampoco tendría sentido reclamar la inactividad vía art. 26 LGUM, pudiendo ir directamente a la CNMC para solicitar su intervención en el proceso contencioso-administrativo especial de garantía de la Unidad de Mercado (art. 127 bis LJCA).

opciones. Y para el caso, esta parece ser la única opción de impugnación en fase administrativa.

Pero a mi juicio, esto no descarta que el procedimiento sea alternativo. Ateniéndonos a lo dicho, en todo caso sería mayormente alternativo, pues solo una de las cuatro actividades o categorías de actividades impugnables carecería de esta nota. No obstante, y como ya hemos mencionado, tampoco es infrecuente que sea la propia administración autora de la una disposición general la que permita su impugnación por la vía del recurso administrativo, lo cual vendría a ir delimitando la alternatividad para este supuesto, al menos *de facto*. E inclusive, se podría atender a la alternativa respecto de su vía tradición de impugnación, la interposición de un recurso contencioso-administrativo⁵³⁹. Ciertamente es que acudir a uno no impide el acceso al otro, pero tampoco ocurre eso con el resto de categorías, pues como adelantamos, presentar una reclamación del art. 26 LGUM no impide la presentación de un recurso, reclamación o requerimiento ordinarios, si bien con otro objeto procedimental (art. 26.9 LGUM). En definitiva no se trata de una alternativa excluyente en ningún caso, por lo que entiendo que también la reclamación del art. 26 LGUM frente a disposiciones generales es alternativa respecto de su régimen ordinario de impugnación, si bien es una alternatividad atenuada, por no ser excluyente.

Como decimo no es excluyente, pero tampoco es concurrente, pues la interposición de la reclamación impide la presentación de otro medio de impugnación ordinario en tanto y cuanto este no se resuelva (art. 26.9 LGUM). Por ello, no llegan a coincidir el en tiempo en su tramitación. No concurren, aun cuando no se excluyen⁵⁴⁰.

⁵³⁹ Véase LOZANO CUTANDA, B., "Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado: las diez reformas clave", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9/2013, pág. 164.

⁵⁴⁰ Por esta razón, el Consejo General del Poder Judicial prefiere hablar de sistema complementario al sistema tradicional de recursos, en vez de sistema alternativo (Dictamen de 11 de abril de 2013, del CGPJ, sobre el Anteproyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, pág. 24). Y ciertamente, en este aspecto se podría decir que es complementario, si bien no deja de ser, como decimos, alternativo, pues el reclamante puede establecer como objeto de un procedimiento ordinario la vulneración de la Unidad de Mercado, sin llegar a presentar la reclamación del art. 26 LGUM. En palabras del Consejo de Estado,

b) Requisito material

También se da el requisito material en la reclamación del art. 26 LGUM. Ya hemos visto cual es el objeto, tanto formal como material, de la reclamación administrativa en defensa de las libertades de establecimiento y de circulación, así como del derecho a la igualdad de condiciones de acceso y ejercicio de una actividad económica –los cuales integran el Principio de unidad de mercado-, y a ello nos remitimos.

Sobre el mismo, tan solo remarcar que se trata de un objeto procedimental específico, especial, concreto y exclusivo, en el sentido de que por medio de la reclamación del art. 26 LGUM tan solo puede conocerse de impugnaciones relativas a la unidad de mercado. También es extraordinario, pues la materia no afecta, con carácter general, al conjunto común de administrados, sino a un subconjunto menor, aquellos que desarrollan una actividad económica. Además, también afecta a actuaciones, como son las disposiciones generales, que están excluidas del objeto de los recursos administrativos ordinarios, por lo que igualmente se puede considerar extraordinario el objeto de la reclamación del art. 26 LGUM.

2.2.4 Procedimiento administrativo especial de impugnación

En vista de lo expuesto, podemos definir la reclamación del art. 26 de la LGUM, primeramente, como un procedimiento administrativo especial. Se dan, en mayor o menor medida, los requisitos enunciados, tanto en su vertiente formal como en la materia.

Es, además, un procedimiento de impugnación de toda actuación administrativa. Es en este sentido que se admite la expresión reclamación –pues realmente solo se reclama la reconsideración de la Administración en su actuación previa, y no una prestación concreta o determinado actuar general-, como expresión de sentido laxo y abierto.

“es alternativo en lo que hace a las infracciones de la unidad de mercado, pero complementario -podrán usarse después los recursos ordinarios- en el resto” (Dictamen 631/2013, de 26 de junio, Punto III.25).

Es, por otra parte, un procedimiento que tiene sustantividad propia y autonomía, en referencia a los procedimientos ordinarios. Posee sus propios trámites y plazos y es independiente del resto de procedimiento impugnatorios a los que tenga derecho abrir el reclamante.

Por todo ello, podemos afirmar que su naturaleza jurídica corresponde, como ya adelantamos en el titulillo del epígrafe, al de un procedimiento administrativo especial de impugnación. Y es dentro de este marco jurídico en que se debe mover la CNMC cuando actúe en vía administrativa para la defensa de la Unidad de Mercado.

3. LA CNMC EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DEL ART. 26 LGUM

La CNMC tiene diferentes funciones y competencias en el procedimiento de garantía de la Unidad de Mercado regulado en el art. 26 LGUM, y que acabamos de analizar, con el fin de conocer el marco jurídico y procedimental en el que ha de actuar en defensa de la unidad de mercado en vía administrativa. Trataremos ahora de analizar con detenimiento cada una de ellas, pues ese es el objeto central de este capítulo, determinando su papel y posición.

Las funciones de la CNMC en el procedimiento del art. 26 LGUM son cuatro. Por un lado, es un “punto de contacto para la unidad de mercado y solución de diferencias”. También tiene una importante función consultiva. Además, es un sujeto legitimando para la interposición de la reclamación. Y, por último, es receptora de las resoluciones finales que emita la autoridad competente para resolver.

3.1 Punto de contacto y de solución de diferencias

Comenzando por la primera, la CNMC se convierte en “punto de contacto para la unidad de mercado y solución de diferencias”, tal y como se contempla en el art. 26.4 b) LGUM. Y cabe preguntarse cuál es la función de un “punto de contacto”.

La LGUM no contiene una definición jurídica de lo que son los puntos de contacto, pero sí que enumera cuales son las funciones que tienen que llevar a cabo en relación a la reclamación administrativa del art. 26 LGUM, para la garantía de la Unidad de Mercado. Del texto de la norma deducimos que son dos.

a) Interlocución interadministrativa

Por un lado, el punto de contacto funciona como interlocutor administrativo frente a la Secretaria del Consejo para la Unidad de Mercado. De esta forma, se clarifica y facilita la comunicación entre Administraciones, pues entre otras cosas, la SECUM no tendrá que determinar en cada procedimiento con quien ha de relacionarse dentro de cada Administración, sino que cada una de estas lo prefija a los efectos de la LGUM. Esta interlocución tiene como finalidad la cooperación administrativa para la solución del conflicto que se plantee en relación a la Unidad de Mercado.

Y podemos llegar a esta conclusión por medio de una comparativa normativa. Una de las normas que también hace alusión a los puntos de contacto en las relaciones interadministrativas y, en su caso, también interestatales, en materia de regulación económica y en similar sentido que la LGUM, es la LLAASE.

En el art. 27.2 LLAASE recoge que, con el fin de organizar las relaciones que han de regir en el cumplimiento de la denominada Directiva de Servicios entre las Administraciones españolas con las Administraciones del resto de Estados Miembros de la UE y con la Comisión Europea, se debe designar un punto de contacto en la Administración General y por cada una de las Administraciones Autonómicas. Además, la Administración General del Estado, creará o designará un punto de contacto que coordine todos los puntos de contacto que se designen en España, y con el que de manera efectiva se

relacionen el resto de Estados Miembros y la Comisión Europea con las Autoridades españolas.

Por ejemplo, el mismo art. 27.6 LLASSE, establece que las Autoridades Españolas, cuando entiendan incumplidos los deberes de cooperación entre Estados por parte de otro Estado Miembro -especialmente en lo relativo a solicitudes de información o de realización de controles, inspecciones e investigaciones-, informarán a la Comisión Europea por medio, igualmente, del punto de contacto⁵⁴¹.

Y es interesante el hecho de que esta regulación se encuentra dentro de un capítulo de la Ley que recoge los mecanismos de cooperación entre Estados para el cumplimiento de los objetivos de la propia norma (de hecho, el título del Capítulo VI es “Cooperación administrativa para el control efectivo de los prestadores” y el del art. 27 LLASSE “Obligaciones generales de cooperación”).

De esta comparativa podemos extraer las siguientes conclusiones, en referencia a los denominados “puntos de contacto” en el Derecho español:

- Los puntos de contacto son parte de la estructura administrativa, pero no constituyen por si mismos organismos independientes, sino que se integran sus funciones en órganos creados al efecto o ya existentes, dentro de la Administración que corresponda.
- Su función es, esencialmente, la de servir de canal de comunicación y cooperación entre Administraciones, ya sea dentro de un mismo Estado, o entre administraciones de diferentes Estados o supraestatales⁵⁴².

⁵⁴¹ Otros ejemplos de comunicación y de relación interadministrativa e interestatal a través del punto de contacto y que se recogen en normas internas, son la comunicación de medidas excepcionales por motivos de seguridad adoptadas a petición de otro Estado (arts. 15 y 29.4 LLASE), o la información que ha de remitirse en respecto de “actos o circunstancias específicos de carácter grave relativos a una actividad o a un prestador de servicios que puedan ocasionar perjuicios graves para la salud o la seguridad de las personas o el medio ambiente en cualquier parte del territorio de la Unión Europea” (art. 31 LLASE).

⁵⁴² En este sentido, CARBONELL PORRAS, E., en “La legitimación en los procedimientos en defensa...”, op. cit., págs. 477 a 479, define los Puntos de Contacto como “los órganos o entidades competentes en la

En este sentido, si bien la CNMC forma parte del entramado o de la estructura organizativa de la Administración General del Estado, no representa a esta. La Administración General del Estado se relaciona con la SECUM por medio de los Departamentos Ministeriales (art. 26.4 c LGUM). No obstante, dadas las numerosas y significativas funciones y competencias que tiene atribuidas en relación a la Unidad de Mercado, parece conveniente su inclusión como punto de contacto, sin que venga a representar a ninguna Administración Pública territorial -más que a sí misma-, sino más bien con el fin de que pueda cumplir eficazmente con su comisión como garante de la Unidad de Mercado⁵⁴³.

Es por lo tanto un punto de contacto obligatorio, que ha de ser informado de todas las reclamaciones que se presenten ante la SECUM en relación a una posible vulneración de Principio de la Unidad de Mercado. Y dado que todas las Administraciones tienen a su vez designado un punto de contacto, se convierte de este modo en un interlocutor interadministrativo que cooperará en la solución de la reclamación del art. 26 LGUM.

Y esto nos lleva a la siguiente manifestación funcional de la CNMC como Punto de contacto, con la cual determinaremos cómo coopera para la solución de la reclamación.

b) Función Consultiva.

Por otro lado, el punto de contacto tiene una importante función consultiva, pues se le requiere para la emisión de informes cuando se admita una reclamación de las reguladas en el art. 26 LGUM. Estos informes se unen al expediente tramitado y se remiten tanto a la Administración competente que ha de resolver como a los sujetos que han interpuesto la reclamación.

materia, que articulan las relaciones entre las diferentes Administraciones públicas para la resolución de las reclamaciones”.

⁵⁴³ Véase Balsa Pascual, C. y Álvarez Suárez, M., “Mecanismos de la Ley de garantía de la unidad de mercado. La buena regulación al alcance de los operadores”, en *Estudios sobre la Ley de Garantía de la unidad de mercado*, Ed. Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2017, págs. 498 y 499.

Este tipo de informes tienen una naturaleza, primeramente *no preceptiva*. Así lo establece la misma LGUM, al decir que los puntos de contacto, entre ellos la CNMC, “podrán remitir a la autoridad competente afectada, informando a la Secretaría del Consejo, las aportaciones que consideren oportunas” (art. 26.5 LGUM).

De esta forma queda en manos del punto de contacto en cuestión la decisión de informar o no sobre la reclamación planteada en los términos del art. 26 LGUM.

En segundo lugar, son informes *no vinculantes*, lo cual significa que la autoridad competente no tiene por qué asumir ni la argumentación ni las conclusiones que se reflejen en los informes emitidos, tampoco el de la CNMC, aun cuando esta tiene competencia para, una vez resuelta la reclamación, actuar de oficio interponiendo un recurso contencioso-administrativo especial para la garantía de la Unidad de Mercado.

Pero el hecho de que el informe, para nuestro caso de la CNMC, no sea un informe vinculante, no convierte este trámite en fracasado o inútil. Y esto es así por dos razones.

En primer lugar, porque la SCUM si tiene obligación de evacuar un informe preceptivo – aunque tampoco vinculante-, que en todo caso debe tenerse en cuenta por la autoridad competente para la resolución. Y es posible que el Informe de la SCUM parta de los informes emitidos por los Puntos de contacto, pues hace un informe de valoración de la reclamación, en vista de todo el expediente, que ya ha incorporado los informes de los puntos de contacto, también el de la CNMC (art. 26.5 LGUM).

Y cuando dice la LGUM que debe ser tenido en cuenta, expresa la necesidad de que la autoridad competente no solo haga una alusión meramente enunciativa del informe de la SCUM, sino que debe motivar las razones por las que se aparta de su criterio y desestima la reclamación⁵⁴⁴.

⁵⁴⁴ El Dictamen 5/2014, de 14 de febrero, sobre la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, del Consejo de garantías estatutarias de Cataluña (Punto 3.2, pág. 69), se mostró preocupado por la redacción y por la regulación de esta norma. Así, manifestó respecto de la potestad de admisión de la SCUM, como por la necesidad de tener en cuenta su informe, “hace que en gran parte la resolución le venga predeterminada”. Sin embargo, de los términos de estudio ya expuestos, considero salvada esa objeción.

En este sentido puede hacer fuerza argumentativa el informe de la CNMC, siendo uno de los especialmente más relevantes, por el organismo del que se trata y de las funciones que tiene atribuidas en relación a la defensa de la Unidad de Mercado.

En segundo lugar, la CNMC fija su posición respecto de la actuación reclamada. En base a los principios que rigen el actuar de la Administración, concretamente del de la Confianza legítima, permite al operar económico y también a las Administraciones en general, conocer el criterio que previsiblemente seguirá la CNMC en la reclamación en curso y otras similares que puedan llegar a surgir, centrando al tiempo los términos del debate y el objeto del procedimiento. Y esto contribuye a crear, un marco regulatorio más inequívoco.

No obstante, el Gobierno enumeró en un Acuerdo del Consejo de Ministros de 09 de mayo de 2014⁵⁴⁵, otras funciones que también tendrían los puntos de contacto que establece la LGUM. Así, se dijo que las “labores de identificación, evaluación y adaptación de la normativa” serían llevadas a cabo por los Puntos de contacto de la LGUM.

En un primer momento, los trabajos de identificación consistieron en la “identificación la normativa estatal y autonomía que pueda suponer una barrera a la unidad de mercado”. Por su parte, la labor de evolución consistiría en efectuar un análisis de las normas identificadas y determinar cuáles y de qué forma estarían afectado a la unidad de mercado”. Por último, la adaptación requeriría que en las normas evaluadas se llevaran a cabo las modificaciones o reformas pertinentes con el objetivo de eliminar de ellas aquellas cuestiones que afecten de forma negativa a la Unidad de Mercado⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ Acuerdo del Consejo de Ministros de 09 de mayo de 2014 (Sector de Economía y Competitividad), titulado “Ejecución del Programa de Garantía de Unidad de Mercado, Punto 8, donde se disuelve el Grupo de Trabajo Interministerial encargado de la analizar las medidas para garantizar la Unidad de Mercado.

⁵⁴⁶ Así se describieron por el Ministerio de Economía y Competitividad en nota de prensa de 08 de noviembre de 2013, que publicaba la actividad del Grupo de Trabajo Interministerial. Esta es visible en: www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.ac30f9268750bd56a0b0240e026041a0/?vgnextoid=66dc7a94da732410VgnVCM1000001d04140aRCRD&vgnnextchannel=2f0e154527515310VgnVCM1000001d04140aRCRD.

Sin embargo, la aprobación de la LGUM establece otros mecanismos de identificación, evaluación y adaptación, –Informe semestral del Consejo para la Unidad de Mercado sobre evaluación de la situación de la Unidad de Mercado y recomendaciones de revisión o reforma de los marcos jurídicos (arts. 10.4.e y 11.f LGUM), la cooperación en el marco de las conferencias sectoriales (art. 12 LGUM), la cooperación de las autoridades competentes en la elaboración de proyectos normativos (art. 14 LGUM) o la evaluación periódica de la normativa por las autoridades competentes (art. 15 LGUM) -, por lo que se entiende que, así descritas, tuvieron el objetivo concreto y superado de establecer un diagnóstico previo a la LGUM–parcial desde el momento que no se incluyeron la identificación, evaluación y adaptación de la normativa local- de la situación de la Unidad de Mercado.

Superado este con la aprobación de la LGUM, estas actividades han de reconvertirse e integrarse en la labor propia que los puntos de contacto desarrollan dentro de la LGUM. Es decir, esta labor de identificación, evaluación y adaptación ha de llevarse a cabo en los márgenes de la LGUM, formado parte, en su caso del informe que emitan, dentro de la función consultiva.

La SECUM mantiene estas actividades como funciones que le son propias, según lo recogido en el art. 11 LGUM, pero ejerciéndolas como órgano de cooperación, y no dentro del marco de actuaciones de los Puntos de contacto del art. 26 LGUM, en cuyo caso actuará según hemos visto.

Pero también la CNMC en los mismos términos. Este organismo puede llevar a cabo labores de identificación, evaluación y adaptación de normativa y de actuaciones que afecten a la Unidad de Mercado. Esto es así por su papel protagonista a nivel administrativo en la garantía y defensa de la Unidad de Mercado que le otorgan sus propias normas de creación y la LGUM. Pero también porque solo así se entiende en plenitud la posibilidad de actuar de oficio contra estas normas y actuaciones, tanto en la presentación de un recurso contencioso-administrativo especial de garantía de la Unidad de Mercado, como en la posibilidad que tiene, y a la que dedicaremos unas palabras más adelante, de interponer como sujeto legitimado la reclamación del art. 26 LGUM. Igualmente, estas las llevará a cabo en su actuación como CNMC-AAI en su sentido más abarcador, y no en su concreta función de punto de contacto.

3.2 Aspectos procedimentales sobre el Informe de la CNMC en el marco de procedimiento del art. 26 LGUM

En su momento, al analizar la legitimación de la CNMC en proceso contencioso-administrativo especial de garantía de la Unidad de Mercado, en los términos del art. 27 LGUM, observamos cual era el procedimiento interno de esta AAI a la hora de tomar la decisión, ante una petición de actuación, de si interponer o no el recurso C-A. Estudiamos los límites materiales y formales de esta resolución.

De la misma forma, y en algunas cuestiones remitiéndonos a esta parte del estudio, trataremos de ver aquí las cuestiones procedimentales en la elaboración del Informe por la CNMC. Especialmente atenderemos a que órgano de la CNMC elabora y aprueba el Informe y así como el contenido del mismo.

3.2.1 Determinación orgánica en la elaboración del Informe

a) Órgano de redacción

El órgano que dentro de la CNMC debe elaborar y preparar el Informe que esta pueda emitir como punto de contacto en el procedimiento del art. 26 LGUM, es la Dirección de Competencia.

Así el art. 19 EOCNMC recoge este órgano es el encargado de la “preparación de Informes de la Comisión Nacional de los Mercado y la Competencia en materia de procedimientos en defensa de la competencia, de conductas restrictivas de la competencia [...] regulados en la Ley 15/2007, de 3 de julio”.

Si bien el informe del que hablamos no se emite dentro de un procedimiento de los regulados en la LDC, quedaría dentro de su ámbito competencial por razón de la materia. No nos detendremos de nuevo, pues ya hemos tenido la oportunidad de analizarlo con detenimiento, pero si recordaremos, que hay una estrecha relación entre el Principio de libre competencia que regula la LDC y el Principio de Unidad de Mercado

que regula la LGUM, por cuanto toda actuación contraria la Unidad de Mercado, es por sí mismo vulneradora de la Libre Competencia.

Pero sigue diciendo la norma, que en particular, la Dirección de Competencia es competente para colaborar, dentro de su ámbito de conocimiento, en la preparación de informes “en el ámbito de las relaciones de colaboración y cooperación con las Administraciones Públicas”. Y este es precisamente en ámbito en el que se prepara el Informe de la CNMC en el procedimiento del art. 26 LGUM. Actúa como punto de contacto, dentro de un mecanismo de cooperación con el resto de Administraciones Públicas llamadas a participar en aquel.

Es por ello que entiendo que el órgano que ha de preparar y elaborar el Informe para el procedimiento administrativo de defensa de la unidad de mercado, es la Dirección de Competencia.

b) Órgano de aprobación.

Sin embargo, la Dirección de Competencia no tiene potestad para la aprobación del Informe del que venimos hablando. Esta lo elevará al Consejo de la CNMC, pues es quien tiene atribuida esta potestad, como desarrollaremos a continuación.

El Consejo de la CNMC es el órgano encargado de decisión “en relación con las funciones [...] consultivas” (arts. 14.1 y 20 LCNMC). Es por ello que el Consejo de la CNMC tiene atribuida la competencia para la aprobación de los dictámenes o informes que, dentro de las funciones consultivas, se expongan a su consideración en relación a la Unidad de Mercado. Esto incluye el informe del CNMC como punto de contacto en la reclamación del art. 26 LGUM.

Así lo confirma el mismo art. 20, en el punto primero (LCNMC), al decir que el Consejo, en particular, resolverá y dictaminará en aquellos asuntos en los que la CNMC tenga atribuida esta misma competencia, tanto por la LCNMC como por el resto de la legislación vigente, lo que incluye la LGUM.

Pero como ya vimos en el capítulo sobre la CNMC, el Consejo de la CNMC puede funcionar en pleno o en salas. Por ello debemos contestar quien tiene atribuida la

competencia de aprobación del Informe o Dictamen del art. 26 LGUM, si es una competencia del Pleno o de las Salas, determinado, en su caso, si es competencia de la Sala de Competencia o de la Sala de Supervisión.

En el presenta caso, entiendo que la competencia es de la Sala de Competencia. No se trata de una competencia expresamente atribuida al Pleno (art. 21.1 LCNMC y art. 12 EOCNMC), y que por lo tanto corresponde su conocimiento y decisión a una de las Salas (art. 21.2 LCNMC). Y decimos que a la Sala de Competencia pues, si bien el art. 14.1.a) EOCNMC establece que esta sala conocerá de aquellos asuntos relacionados con la aplicación de la LDC, también conocerá de los asuntos relacionados con la promoción de la competencia. Y es de nuevo la similitud de materias las que hace aconsejable que sea esta Sala quien tenga competencia para la aprobación del Informe del art. 26 LGUM.

Pero también decimos que a la Sala de Competencia por descarte, pues la Sala de Supervisión regulatoria, centra su actividad en operadores de los sectores regulados que se encuentran bajo supervisión y control de la CNMC, a saber, comunicaciones electrónicas, sector eléctrico y gas natural, mercado postal, comunicación audiovisual, tarifas aeroportuarias y sector ferroviario.

Y, finalmente, como una razón más para poder decir que la Sala de Competencia es quien debe aprobar el Informe o Dictamen del que venimos hablado, es la conexión que este guarda con el proceso contencioso-administrativo especial de garantía de la unidad de mercado⁵⁴⁷.

Dicho lo cual, el Pleno puede llegar a ser quien finalmente decida y apruebe el Informe de la CNMC dentro del procedimiento administrativo en defensa de la Unidad de Mercado. Esto será así, cuando se den los supuestos por lo que el Pleno del Consejo de la CNMC puede atraer para sí el conocimiento de este asunto, especialmente cuando este tenga “especial incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados o actividades sometidos a supervisión” (art. 12.2c EOCNMC).

⁵⁴⁷ Me remito a lo expuesto en el capítulo V de esta tesis, en relación con las decisiones de la CNMC.

3.2.2 Contenido del Informe.

Sabiendo cuales son los órganos de la CNMC que intervienen en la preparación, elaboración y aprobación del Informe enuncio en el art. 26 LGUM, todavía queda una cuestión por aportar. ¿Cuál es el contenido del Informe?

Más allá de las cuestiones que hemos apuntado sobre el Informe, de carácter formal, como que es no preceptivo y no vinculante, sin menoscabar por ello su importancia, debemos conocer cuáles son los aspectos materiales del Informe.

El Informe tendrá, por lo general, el mismo contenido que el emitido al amparo del art. 26 LGUM, establecido en criterio de la CNMC sobre la compatibilidad de la actuación administrativa objeto de información con la regulación que hace la LGUM sobre la Unidad de Mercado. Podrá incluso manifestar o sugerir las soluciones que puede hallarse en caso de que su posición sea de incompatibilidad de la actuación administrativa informada con la regulación de la LGUM.

Todo ello sin olvidar lo que ya hemos tratado en otros capítulos de esta tesis, en lo referente a la vinculación que posteriormente tendrá la CNMC respecto del contenido del Informe.

3.3 Legitimación activa para la presentación de la reclamación iniciadora del procedimiento.

Nada se dice en el art. 26 de la LGUM sobre la legitimación de la CNMC para la interposición de la reclamación. Como ya señalamos, este artículo se refiere en este término tan solo a los operadores económicos y a las organizaciones que los representan.

También hemos advertido que el procedimiento del art. 26 LGUM tiene por objetivo la protección del interés general cuando este venga representado por la Unidad de Mercado, habiendo por ello una aparente contradicción entre los objetivos o fines del procedimiento especial y el reconocimiento expreso de legitimaciones, pues si bien la CNMC participa en algunas fases del procedimiento, no tiene legitimación expresa para presentar una reclamación que le dé inicio.

A tenor de lo expuesto, cabe preguntarse sobre el alcance de lo recogido en la Disposición Adicional Quinta de la LGUM, en lo que se refiere a la CNMC. Esta D.A. 5ª, en su párrafo primero recoge lo siguiente:

“Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos [...] el cumplimiento de lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y ejecución, para la defensa de la unidad de mercado”.

En primer lugar, si bien el texto del artículo hace referencia a una acción pública esta no es tal, pues no estamos ante un órgano jurisdiccional, sino ante una Administración en un procedimiento estrictamente administrativo. Se entiende, sin embargo, que se quiere reconocer a cualquier persona los derechos procedimentales inherentes a la condición de interesado a los efectos del cumplimiento de lo establecido en la LGUM.

Lo que debemos preguntarnos es si se trata de una acción de exigencia que ha de plantearse en los términos del art. 26 de la LGUM, exceptuando la regla general del art. 4 LPAC que sólo permite actuar en un procedimiento bajo parámetros legitimadores concretos y definidos –derechos o intereses legítimos–, o por el contrario, este reconocimiento permite la actuación también dentro de un procedimiento administrativo ordinario.

Parte de la doctrina entiende que el reconocimiento de la legitimación activa de la D.A. 5ª se encuentra, al menos, dentro del marco procedimental del art. 26 LGUM, ampliando por ello la legitimación inicialmente reconocida de forma expresa en el artículo referenciado.

Por citar algunos ejemplos, GONZÁLEZ RÍOS, hablando del mecanismo del art. 26 LGUM, expresa que “el reconocimiento de la acción popular para exigir ante los órganos administrativos el cumplimiento de lo dispuesto en la LGUM para la defensa de la unidad de mercado (Disposición Adicional 5ª), amplía la legitimación para interponer dicha reclamación”.⁵⁴⁸

También CARBONELL PORRAS, incluye los mecanismos administrativos de protección de la Unidad de Mercado dentro del radio de efectividad de la llamada “acción popular”

⁵⁴⁸ GONZÁLEZ RÍOS, I., “Las vías alternativas de recurso en el ámbito...”, op. cit., págs. 449 y 450.

enunciada en la D.A. 5ª LGUM, considerando que esta comprendería “al menos los que ha creado la propia LGUM, de modo que los ciudadanos podrán poner en conocimiento de la Secretaría Unidad de Mercado los obstáculos o barreras a la unidad de mercado. Así, cualquier ciudadano podrá formular una reclamación ante la Secretaría [...]”⁵⁴⁹.

Con mayores cautelas pero terminando por admitirlo, se muestra SÁNCHEZ MORÓN, para quien, a pesar de la poca claridad, y hasta confusión y contradicción de la LGUM en este punto, “el reconocimiento de una «acción popular» para «exigir» —no solo para pedir— de los órganos administrativos el respeto a la legislación de unidad de mercado, unido al principio *pro actione*, llevarán probablemente a interpretar de manera conjunta ambos preceptos de la LGUM y a admitir la acción pública, es decir, la legitimación de cualquier persona para interponer la reclamación administrativa que la Ley regula”⁵⁵⁰.

Sin embargo, a pesar de la abierta redacción de texto de la DA 5ª, esta legitimación ampliada debe circunscribirse exclusivamente a la reclamación del art. 26 LGUM, sin que pueda iniciarse, con base y fundamento en esta disposición, un procedimiento ordinario o común —bien sea recurso administrativo, reclamación por inactividad o intimación por la vía de hecho- que pretenda en cumplimiento de la LGUM.

Esto nos lleva a preguntarnos si dentro de esta extensión legitimadora para el procedimiento del art. 26 LGUM, podemos encuadrar a la CNMC, estimando que esta posee legitimación para la interposición de la reclamación.

Y entiendo que sí. Como organismo garante de la Unidad de Mercado, debe poder iniciar cualquier procedimiento en su defensa, sin olvidar que la Unidad de Mercado es un Principio Constitucional del que se derivan Libertades Públicas, lo que lo convierte en un asunto que traspasa a las partes afectadas de forma directa —Administración y administrado-, para llegar a ser un asunto de orden público económico. En consecuencia es una cuestión de interés general, en lo que se refiere a la actuación de la CNMC, aun cuando subsista una cuestión de derechos subjetivos o intereses legítimos entre la

⁵⁴⁹ CARBONELL PORRAS, E., “La legitimación en los procedimientos en defensa...”, op. cit., págs. 486 a 489.

⁵⁵⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Nuevas garantías de derecho administrativo”, op. cit., págs. 294 y 295.

Administración reclamada y el sujeto al que le afecta la actuación reclamada de forma directa⁵⁵¹.

Lo contrario nos llevaría a reducir, socavar y en algunos casos imposibilitar la acción de la garante de la Unidad de Mercado, y de la competencia en general, que la CNMC tiene atribuidas por Ley. Esto es así, pues como tuvimos oportunidad de ver, la presentación del recurso contencioso-administrativo especial para la garantía de la unidad de mercado, requiere en gran medida que las actuaciones frente a las que se interpone hayan agotado la vía administrativa.

No permitir que sea la propia CNMC quien agote la vía administrativa, supondría que en aquellos casos en los que los legitimados decidan desistir de sus derechos e intereses legítimos, al no poder hacerlo esta, no se podría ejercer la acción de la justicia para proteger y garantizar la Unidad de Mercado para el caso concreto.

A esto hay que añadir, que la CNMC actúa en defensa de la Unidad de Mercado como parte del orden público económico, pero sin olvidar que esta Unidad está integrada por Derechos Fundamentales y Libertades Públicas que se reconocen a los ciudadanos cuando actúan en el marco de la economía de mercado. Y estos Derecho son irrenunciables, por lo que si el sujeto decide no actuar frente a su posible vulneración, los poderes públicos, también la Administración –aun en el paradójico caso de que sea esta quien los vulnere- tienen potestad para actuar en su defensa, y especialmente cuando puedan afectar al interés general⁵⁵².

⁵⁵¹ CARLÓN RUIZ, M., “Los mecanismos de protección de la unidad de mercado...”, op. cit., pág. 166 -167 y 172, la cual asume que la legitimación de la CNMC para la presentación de la reclamación del art. 26 LGUM no solo viene dada por la DA 5ª LGUM, sino por los términos del art. 27 LGUM

⁵⁵² Véase DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de Derecho Fundamentales*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, págs. 132 a 135, quien reconoce que, si bien el Derecho Fundamental es irrenunciable, por ser fundamento del orden público democrático, no es así con el ejercicio de determinadas facultades integrantes del Derecho Fundamental. No obstante, el mismo, siguiendo la doctrina civilista, reconocer que, de conformidad con el art. 2 del Código Civil, estas renunciaciones no son válidas si contrarían el interés o el orden público, cuál puede ser el caso que nos ocupa. E incluso, y para mayor peso argumentativo, reconoce que el ejercicio de los Derechos Fundamentales no puede ser renunciado a favor de la Administración, pues ello supondría desvincularla de estos. En el caso que nos ocupa, no actuar frente a la Administración que ha vulnerado

Es por ello que considero a la CNMC legitimada para la interposición y seguimiento de la reclamación administrativa en defensa de la Unidad de Mercado del art. 26 LGUM. Empero esta afirmación nos lleva a la obligación de determinar la conjugación de su papel como sujeto legitimado con el que tiene reconocido como punto de contacto.

Cabe preguntarse si, siendo la CNMC quien interpone la reclamación, puede a su vez, emitir un dictamen o informe en los términos ya examinados. Y, en principio nada parece impedirselo. Puede expresar su parecer por medio de la interposición de la reclamación del art. 26 LGUM, y posteriormente, en el trámite oportuno, volver a manifestarse con la emisión de un informe al respecto, que en todo caso deberá guardar la necesaria relación y mantenerse en la línea expresada con la reclamación.

No encuentro razones jurídicas por lo que esto no pueda ser así. El procedimiento del art. 26 no es un procedimiento de heterocomposición, por lo que la emisión del informe no convierte a la CNMC en un sujeto que interviene en la decisión final resolutive de la reclamación. Por ello, se siguen respetando los principios propios de los procedimientos administrativos, aun cuando la CNMC sea parte activa en la reclamación.

4. PROCEDIMIENTO ADICIONAL DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO DEL ART. 28 LGUM

La LGUM no solo ha establecido el mecanismo de reclamación administrativa de su art. 26 y del que nos hemos venido ocupando hasta el momento. También ha regulado otros mecanismos adicionales, de cooperación administrativa e información, en el art. 28 LGUM⁵⁵³.

estos Derecho, se podría semejar a una renuncia a su favor, por lo que con más motivo, se tiene que otorgar la potestad descrita a la CNMC.

Algunos pronunciamiento del Tribunal Constitucional hacer referencia y manifiestan la irrenunciabilidad de los Derecho Fundamentales, por ejemplo y por todas, STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 14; STC 183/1989, de 3 de noviembre, FJ 3; STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 7 y STC 115/1996, de 25 de junio, FJ 6.

⁵⁵³ Este mecanismo no se contemplaba en el Anteproyecto de la LGUM. Su introducción se debió a la modificación que sufrió en su conversión a Proyecto de Ley, como iniciativa legislativa del Gobierno.

Son tres diferentes. Uno, en el que los sujetos legitimados informan a la SECUM de aquellas actuaciones públicas que crean que suponen un obstáculo a la Unidad de Mercado. Otro, en el que la SECUM emite un informe sobre los obstáculos a la Unidad de Mercado detectados y denunciados ante la SECUM, y cuyos destinatarios son las Conferencias Sectoriales, en el marco de sistema de cooperación regulados en el art. 12 LGUM, y el Consejo para la Unidad de Mercado, dentro del sistema organizativo y funcional previsto en los art. 10 y 11 LGUM. Por último, y con gran importancia en el proceso especial contencioso-administrativo para la garantía de la Unidad de Mercado (art. 127 bis y siguientes LJCA), se recoge la emisión de un informe por parte de la SECUM sobre la actuación recurrida, cuando no haya habido previamente una reclamación del art. 26 LGUM, con el alcance probatorio que después veremos.

Como en el supuesto anterior de reclamación, pero de forma más breve, por ser un mecanismo con menor intervención de la CNMC, que es el caso que nos ocupa en esta tesis, veremos en primer lugar los procedimientos en su conjunto, con un somero análisis de la legitimación y de su naturaleza jurídica. Posteriormente, nos detendremos en analizar el concreto papel que desempeña la CMNC en este mecanismo, y como lo ejecuta.

4.1 Comunicación de obstáculos a la unidad de mercado previstos en los puntos 1 a 3 del art. 28 LGUM.

4.1.1 Cuestiones procedimentales.

El mecanismo previsto en el art. 28 LGUM se inicia con una comunicación que pueden presentar los sujetos legitimados. En la comunicación se identifica la actuación pública, así como las razones por la que se cree que puede ser un obstáculo a la Unidad de Mercado.

No en vano, se inicia el art. 28.1 LGUM con una expresión que requiere de cierta labor hermenéutica, al decir: “fuera de los supuestos previstos por el artículo 26 de esta Ley [LGUM]”. Y esta puede tener dos interpretaciones posibles.

Por un lado, esta expresión supondría la necesidad de hacer una identificación conjunta y comparativa de sujeto y de objeto respecto de ambos preceptos –es decir, de los sujetos y del objeto del art. 28 en relación con el art. 26, ambos de la LGUM-. Una vez identificados, se definirían como excluyentes. Esto es, que siendo un supuesto que se pueda enmarcar dentro de la reclamación del art. 26 LGUM, no cabe su comunicación por el mecanismo de los puntos 1 a 3 del art. 28 LGUM. En este caso, la expresión “fuera de los supuestos” vendría a significar “con excepción de los supuestos”.

Sin embargo, esta interpretación tan solo dejaría un objeto mínimo para este mecanismo. Dado que los sujetos legitimados coinciden por la aplicación de lo dispuesto en la D.A Quinta LGUM, se reservaría para las normas con rango de ley, así como para aquellas actuaciones administrativas de las que haya prescrito el plazo para reclamar.

Otra interpretación nos llevaría a entender que la expresión “fuera de los supuestos” (art. 28.1 LGUM), vendría a ser sinónimo de “con independencia de los supuestos”. En este caso, el mecanismo del art. 28.1 y ss. LGUM sería complementario, y no excluyente, de la reclamación del art. 26 LGUM, pudiendo comunicar cualquier objeto de los que caben en la reclamación especial del art. 26 LGUM, así como las normas con rango de ley y aquellas para las cuales hubiera precluido en plazo para recurrir, tanto en vía administrativa como en la contencioso-administrativa.

Esta es la interpretación más acorde con el espíritu de la LGUM y con el sistema de defensa de la Unidad de Mercado –manifestado en el Preámbulo de la LGUM-, abriendo el sistema con el fin de garantizar este Principio constitucional y las libertades y derechos de los operadores que lo conforman.

Dicho lo cual, una vez que se comunique a la SECUM sobre el obstáculo o barrera a la Unidad de Mercado percibido, esta procede a recabar los informes de los puntos de contacto, de la misma manera que la reclamación del art. 26 LGUM (art. 28.2 LGUM). Esta a su vez, elaborará igualmente un informe de valoración. A diferencia del

procedimiento anteriormente estudiado, no cabe la posibilidad de inadmisión por parte de la SECUM⁵⁵⁴.

La LGUM no especifica que ocurre con estos informes, tan solo aclara que en el plazo de 15 días, se informará a quien haya presentada la comunicación del obstáculo o barrera “sobre la solución alcanzada” (art. 28.3 LGUM), sin dar más detalles. Entiendo que esta alusión a la solución alcanzada, hace referencia a tres posibilidades. La solución primera es, una vez evacuados todos los informes, entender que no hay barrera u obstáculo que perseguir. Otra es que, seguidos los tramites indicados, se entiende que sí hay una barrera u obstáculo, y que se procederá a su puesta en conocimiento tanto del Consejo para la Unidad de Mercado, como de las Conferencias Sectoriales por medio de otro mecanismo que posteriormente veremos (art. 28. 4 LGUM). Ambos requieren de un juicio previo por parte de la SECUM. Igualmente, al dar traslado a los puntos de contacto, entre ellos, siempre a la CNMC, y en algunos casos el de la Administración Pública actuante denunciada denunciado, la solución puede venir por la puesta en marcha de los mecanismo de reclamación y recursos en manos de la CNMC, como por una revisión de la actuaciones, en su caso, de la Administración denunciada, que será siempre de oficio –pues no siendo un procedimiento de recursos o reclamación, tan solo de comunicación, la decisión de revisar la actuación no viene dada por un procedimiento previo instado de parte-.

Se pudiera pensar que tanto de la comunicación del obstáculo o barrera a la Unidad de Mercado, como los informes evacuados, se da traslado a la Administración u Organismo actuante, junto, en su caso, a las propuestas de actuaciones que se puedan incluir. Y si bien no es descabellado pensarlo, no creo que la referencia a la solución alcanzada venda a referir a la respuesta de la Administración y Organismo actuante, pues en ese

⁵⁵⁴ Para BUISÁN GARCÍA, N., “Otros mecanismos de protección de la Unidad de Mercado”, en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentarios a la Ley de garantía de la unidad de mercado* (Dir. ALONSO MAS, M. J.), Ed. La Ley, Madrid, 2014, págs. 929, la razón de que la SECUM no pueda inadmitir en el presente caso, se debe a que el art. 28 LGUM “no regula un procedimiento administrativo, sino una especie de denuncia o mecanismo para detectar cualesquiera actuaciones contrarias a la unidad de mercado”.

caso, pocas diferencias lo separarían del procedimiento de reclamación del art. 26 LGUM.

4.1.2 Legitimación y naturaleza jurídica.

Para el caso, la legitimación viene determinada en el mismo art. 28.1 LGUM. En primer lugar se cita a los operadores económicos. En segundo término habla la norma de los consumidores y usuarios. Por último, las organizaciones que representan tanto a unos como a otros⁵⁵⁵.

Y, al igual que en el caso de la reclamación del art. 26 LGUM, debemos determinar al alcance real de la legitimación para la presentación de la comunicación del art. 28 LGUM. Y de nuevo creo que debemos interpretar de forma amplia este régimen legitimador, dentro de los términos ya expuesto en su momento respecto de la legitimación en el procedimiento de reclamación del art. 26 LGUM.

Por otra parte, no estamos en el ámbito de aplicación de lo recogido en la DA 5ª LGUM, pues este mecanismo no pretende exigir el cumplimiento de la LGUM, sino, principalmente, poner en conocimiento posibles obstáculos o barreras a la Unidad de Mercado, para que estos sean resueltos dentro de los mecanismos de cooperación que contempla e instituye la LGUM. Esto quiere decir que no cabe hablar de legitimación ampliada o universal para el mecanismo del art. 28.1 y ss. LGUM, descartándose también la legitimación de la CNMC, la cual por otra parte carecería de sentido, pues tiene potestad para recurrir estas actuaciones y actuar contra ellas, tanto administrativa como judicialmente.

En cuando a su naturaleza jurídica, o se trata realmente de un procedimiento administrativo, sino un mecanismo de cooperación e información al que precede una

⁵⁵⁵ En lo referente a las organizaciones representantes de consumidores y usuarios, la doctrina se decanta por asumir solamente las habilitadas según lo dispuesto en el art. 24 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En este sentido, por ejemplo CARBONELL PORRAS, E., "La legitimación en los procedimientos en defensa...", op. cit., pág. 485 y ss.

comunicación ante la SECUM⁵⁵⁶. Sin embargo, ciertamente en curso seguido tiene semejanza con las denuncias administrativas.

4.1.3 La CNMC en el procedimiento del art. 28 LGUM.

Las funciones de la CNMC dentro del mecanismo de información del art. 28 puntos 1 a 3 LGUM se limitan a la emisión de un informe en los términos analizados en el epígrafe correspondiente de este capítulo, dedicado a la función consultiva de la CNMC en el procedimiento de reclamación del art. 26 LGUM. Tan solo se añade expresamente la posibilidad de formular propuestas de actuación referente a la actividad denunciada.

Sin embargo, este mecanismo le permite conocer actuaciones que pueden ser vulneradoras de la unidad de mercado, con el fin de posteriormente, si la solución alcanzada no le satisface, poder interponer el recurso especial contencioso-administrativo para la garantía de la Unidad de Mercado, o en su caso, la reclamación especial del art. 26 LGUM⁵⁵⁷.

4.2 El Informe en el sistema de cooperación con las Conferencias Sectoriales y dentro del sistema organizativo y funcional del Consejo para la Unidad de Mercado (art. 28.4 LGUM).

En este mecanismo es en el que menos interviene la CNMC, por lo que poco tenemos que decir. Solamente, que dentro de los informes que evacua la SECUM, pueden estar incluidos los resultados obtenidos por la labor efectuada en el seno de la CNMC.

⁵⁵⁶ BUISÁN GARCÍA, N., "Otros mecanismos de protección...", op. cit., págs. 924, 925 y 929.

⁵⁵⁷ Así lo recuerda CARLÓN RUIZ, M., "Los mecanismos de protección de la unidad de mercado...", op. cit., pág. 172, al decir que "Nada debe descartar, por otra parte, que por la vía de los «mecanismos adicionales» previstos en el art. 28 la Comisión tome noticia de obstáculos frente a la unidad de mercado respecto de los que considere oportuno actuar".

Por un lado, en los informes se incluyen las soluciones alcanzadas y los resultados obtenidos por medio del mecanismo de comunicación o denuncia de los tres primeros apartados del art. 28 LGUM. Y como hemos visto, entre las soluciones alcanzadas, podemos encontrarnos con la activación por parte de la CNMC de los procedimientos administrativos o judiciales que tiene a su alcance, y de los que ya nos hemos dedicado a lo largo de esta tesis.

Por otra parte, si bien el art. 28.4 LGUM parece hacer referencia a informes sobre el mecanismo de comunicación del art. 28.1 y ss. LGUM, los mismos sujetos legitimados de forma expresa y que se mencionan en el art. 28.4 LGUM –con excepción los consumidores y usuarios y de las organizaciones que los representan-, también están legitimados para la interposición de la reclamación del art. 26 LGUM, gestionada por la misma SECUM.

Esto ha de ponerse en relación al destino que tienen los informes del art. 28.4 LGUM. Uno de ellos está destinado al Consejo para la Unidad de Mercado, con la finalidad de que cumpla con su cometido de “seguimiento de los mecanismos de protección de los operadores económicos” de la LGUM, “así como de sus resultados” (art. 10.4 e LGUM). Para ello, la SECUM elabora un informe semestralmente, que ha de incluir lo especificado en el art 28.4 LGUM (arts. 11. f y 10.4 f LGUM). El otro, tiene como destino las Conferencias Sectoriales, con las cuales la SECUM colabora en las funciones que a aquellas les determina el art. 12.2 LGUM. Una forma de colaboración es mediante la elaboración del informe descrito en el art. 28.4 LGUM.

Para que la colaboración sea más estrecha, y tanto el CUM como las Conferencias sectoriales pueden ejercer de forma más cabal las funciones que les encomienda la LGUM, a mi juicio, nada impediría que los informes del art. 28.4 LGUM se abrieran a incluir las soluciones y resultados obtenidos en los procedimientos de reclamación del art. 26 LGUM⁵⁵⁸.

⁵⁵⁸ No así con los resultados obtenidos por la CNMC en los recursos especiales contencioso-administrativos (art. 27 LGUM y 127 bis y ss. LJCA), pues estos están al margen del mecanismo de cooperación, por cuanto la solución es impuesta por un tercero, sin óbice de que la sentencia judicial, no solo declarará la

4.3 Informe dentro de proceso especial contencioso-administrativo para la garantía de la Unidad de Mercado (art. 28.5 LGUM).

El art. 28.5 LGUM remite a la petición y emisión del Informe del SECUM, dentro de un proceso contencioso-administrativo. Es por ello, que si no se acompaña junto al recurso contencioso-administrativo (o junto a la demanda, en su caso), el operador tendrá dos opciones. Por un lado, podrá solicitar que sea el propio Tribunal el que lo solicite por medio de oficio a la SECUM, conforme a las reglas relativas a la prueba en el proceso civil, por remisión expresa del art. 60.4 LJCA. Y este podrá admitir o no su solicitud. Sin embargo, en caso de no acompañar el Recurso contencioso-administrativo con el Informe de la SECUM, el operador también podrá simplemente anunciarlo por medio de otrosí, y al mismo tiempo, solicitar el informe directamente a la SECUM.

Por otro lado, el marco de esta petición de informe no se ciñe tan solo al ámbito del proceso contencioso-administrativo especial de garantía de la Unidad de Mercado, sino que es perfectamente encuadrable en un proceso contencioso-administrativo ordinario. La Ley no lo limita a uno, excluyendo el otro.

Sobre este informe son dos las cuestiones a tratar. En primer lugar, si la CNMC puede también solicitar el informe cuando haya acudido a la Jurisdicción contencioso-administrativa sin que la actuación haya sido reclamada por el procedimiento del art. 26 LGUM. Y considero que la respuesta es que no. El art. 28.5 LGUM dice de forma clara que son los “operadores económicos que hayan recurrido a la jurisdicción contencioso-administrativa”.

Por otro lado, *determinar el valor probatorio*. Antes de entrar en el análisis del valor probatorio que tenga el Informe emitido por la SCUM en el marco del art. 28.5 LGUM, debemos hacer una distinción, de la que también se ocupa el enunciado de este. Para el caso que nos ocupa, este informe no fue emitido dentro del procedimiento administrativo del art. 26 LGUM, por el cual se forma un expediente, que será traído al

existencia de una actuaciones contraria a la Unidad de Mercado, sino que ordenara corregir o eliminar la barrera u obstáculo a la Unidad de Mercado.

proceso desde el momento de la interposición del Recurso Contencioso-administrativo (art 48 LJCA). Por ello, el informe será un documento más del expediente, pero que en todo caso será admitido como prueba, al ser admitido el expediente⁵⁵⁹. Sin embargo, el supuesto de hecho del art. 28.5 LGUM, es distinto. No ha habido procedimiento del art. 26 LGUM, por lo que la SECUM no ha emitido un informe sobre la compatibilidad de la actuación impugnada con la LGUM. Es por ello, que para ser admitido como prueba, ha de invocarse en el momento oportuno, y estará a expensas de una ulterior decisión judicial⁵⁶⁰.

Y esto es así porque el art. 28.5 LGUM recoge una solicitud de Informe que no se hace mediante el Tribunal que ha de conocer del asunto, sino que la hacen las partes interesadas a la propia SECUM. En todo caso, dado que como ya hemos visto, la CNMC no tiene legitimación para solicitar el Informe del que venimos hablando, y por lo tanto, tan solo puede pronunciarse sobre su admisión o su valor como prueba si alguna parte colitigante solicita su admisión, bien sumándose a ella y haciéndola propia conforme a lo establecido en el art. LEC, bien no impugnándola, o bien impugnándola si no la considera conveniente.

Una vez dicho esto, debemos analizar el valor probatorio que el informe tendrá en el proceso contencioso-administrativo, que será el mismo en ambos de los supuestos expuestos.

⁵⁵⁹ Clarifica este hecho, la definición que el art. 70.1 LPAC da sobre el Expediente administrativo, informando que este es el “conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla”, para añadir en el punto segundo del mismo artículo, que “se formarán mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos”. En consecuencia, entendemos que el Informe emitido, por ser pieza fundamental del procedimiento, estará inserto en el Expediente.

⁵⁶⁰ Al respecto, es interesante la reflexión contenida en la STS de 20 de enero de 2014 (RC 2489/2011) FD 3º, la cual recuerda que el expediente administrativo es siempre objeto de prueba. Pero cuando se pretenda la admisión de algún documento que no forme parte del expediente, hay solicitarlo al tribunal, y si es admitido, será un elemento más para formar su convicción.

En primer lugar, debemos determinar qué tipo de prueba es. Y en este caso, el art. 26.1 LPAC nos facilita una definición de lo que debemos entender por documento público administrativo. Así, este dice: “Se entiende por documentos públicos administrativos los válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas”. Para el caso, en el Informe emitido por la SECUM, que es un órgano administrativo, se dan los elementos enunciados, por lo que cabría entender que se trata de un documento público administrativo. Sin embargo, el art. 26.1 LPAC, ni ningún otro, establece cual es el valor probatorio de este tipo de documentos.

Debe aplicarse lo que la jurisprudencia ha venido a llamar el “Principio de Valoración conjunta conforme a las reglas de la sana crítica”, que se desprende entre otros, del art. 319.2 LEC, pero que también debe regir en el proceso contencioso-administrativo⁵⁶¹. Por ello, el juzgador lo tendrá en cuenta junto con el resto de pruebas traídas al proceso, y fallará tras el convencimiento que le den las mismas, sin que este Informe de la SECUM tenga mayor relevancia procesal probatoria. En todo caso, como nos recuerda el Tribunal Supremo, las pruebas documentales de este tipo sirven para desvirtuar la presunción de legalidad –y en su caso de veracidad- de la actuación administrativa objeto del proceso⁵⁶²

⁵⁶¹ Entre otras STS de 30 de diciembre de 1991 FD 3º (RC 1702/1989), STS de 5 de marzo de 1997 FD 3º (RC 13844/1991), STS 22 de abril de 1997 FD 3º, (RC 2469/1992) STS de 10 junio 2003, FD 4º (RC 285/1999).

⁵⁶² STS de 8 de septiembre de 2011, Secc. 6º, FD 6º y 7º (RC 5943/2008).

CONCLUSIONES

1.a) La unidad de mercado, si bien tiene su base en la unidad de la nación, se fundamenta en la libre circulación de bienes y personas, la libertad de establecimiento y la igualdad de las condiciones básicas en el ejercicio de la actividad económica. Estas, as vez, son reflejo directo de Derechos Fundamentales, como la libertad de circulación y residencia (art. 19 CE) la igualdad de los españoles (art. 14 CE).

1.b) La unidad de mercado, es un límite al poder y actuaciones de las autoridades y administraciones públicas, pero no actúa como cláusula de atribución de competencias. Sin embargo, la Constitución establece instrumentos para la garantía de la unidad de mercado –no para su consecución, pues se entiende como una realidad efectiva previa que hay que proteger, y no buscar- estableciendo límites a los poderes descentralizados y competencias en materia económica que quedan en exclusiva en los poderes centrales. Todo ello dentro del marco de la configuración de España como estado unitario descentralizable.

2.a) El principio de unidad de mercado está estrechamente relacionado con el Principio de Libre competencia, por ser aquella una manifestación de esta. Siendo la defensa de la competencia una función pública, por extensión, la garantía de la unidad de mercado es también una función pública, que ha de ser ejercida por la Administración.

2.b) Para esta función se ha designado a la Comisión Nacional de los Mercado y de la Competencia. Este organismo, por indicación e imperativo de las instituciones de la Unión Europea, así como por su propias funciones y competencias, debe poseer una característica concretas, que la significa como una Autoridad Administrativa Independiente, dentro del sector público institucional estatal. Estas son: independencia funcional o autonomía, personalidad jurídico-pública propia y que ejerza funciones públicas de regulación o supervisión externas, y en régimen de Derecho Público.

Estas características son necesarias para garantizar la unidad de mercado, pues como se ha dicho, esta se defiende frente a actuaciones de las administraciones públicas

3.a) Los principios que recoge a LGUM, buscan garantizar, mediante su aplicación a las actuaciones administrativas que intervengan en el mercado, los derechos y libertades de los operadores, por ser estos un reflejo de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas.

El art. 139 CE funciona como garantía instruccional, y por ello, las actuaciones administrativas deben ir encaminadas a proteger los derechos que hay detrás de esa garantía. Así, por ejemplo, el Principio de no discriminación, garantiza que se mantenga la igualdad de las condiciones básica en el acceso y ejercido de las actividades económicas, como derecho integrante de la unidad de mercado.

3.b) Los principios que recoge la LGUM, son principios que ya rigen para la actuación administrativa en general, pero que ahora se predicen de las actividades administrativas que intervenga en el mercado para el control de entrada de los operadores para iniciar cualquier actividad económica y de su ejercicio

3.c) Bajo el principio de cooperación se crea un sistema administrativo cuya finalidad es preventiva. Evitar no solo que las administraciones actúen en contra de la unidad de mercado, sino que armonicen sus actuaciones para evitar distorsiones normativas que vulneren los derechos de los operadores. Así mismo, el buen funcionamiento de este sistema de cooperación evitara las reclamaciones y la actuación de la CNMC como garante de la unidad de mercado por la vía judicial.

3.d) Los principios de necesidad y de proporcionalidad, son lo que a mi juicio mayor aplicación han de tener. Son además los más tratados por los tribunales competentes en el proceso especial de garantía de unidad de mercado. Son lo que más limitan la actuación de la administración, pues exigen que cada actuación venga motivada por un doble juicio. Por un lado, se requiere de justificación de las actuaciones en una razón imperiosa de interés general, de las tasadas en el art. 3.11 LLAASE (necesidad). Una vez justificado eso, se ha de motivar la elección de medio de intervención, y justificar de nuevo que no hay otro medio menos gravoso que permita alcanzar el objeto perseguido.

Supero este test, la intervención de la administración se entenderá que no vulnera la unidad de mercado.

4.a) El proceso especial de garantía de unidad de mercado, en atención a su objeto formal, es un proceso jurisdiccional que se enmarca dentro de un sistema objetivo de justicia administrativa, centrado en la legalidad del acto y en su depuración del sistema, en atención al interés general. Para ello, se limita la participación del perjudicado en el proceso, dando un papel preponderante, en la iniciación del proceso, a la CNMC.

4.b) La actividad administrativa impugnada abarca toda la actividad administrativa, las actuaciones que constituyen una vía de hecho y la inactividad de la administración.

4.c) Se establece la competencia y fuero de la Audiencia Nacional para el enjuiciamiento de la actividad administrativa impugnada por medio de este proceso especial de garantía de la unidad de mercado, teniendo una vis atractiva respecto de la competencia de otros órganos jurisdiccionales inferiores.

Sin embargo, cuando la actividad administrativa impugnada tenga reserva de enjuiciamiento ante el Tribunal Supremo, como es el caso de las disposiciones emanadas del Consejo de Ministros, este mismo Tribunal ha venido a afirmar que puede enjuiciar, por el mismo proceso especial, esta actividad administrativa, sin perjuicio de la competencia que la LGUM y la LJCA otorgan a la Audiencia Nacional. Es decir, que aunque en la LGUM y la LJCA solo se menciona a la Audiencia Nacional como tribunal competente, también lo es, y por el mismo procedimiento, el Tribunal Supremo, cuando la actuación impugnada tenga reserva antes este.

4.d) Frente a la actuación administrativa que constituya una vía de hecho, por las características de este proceso especial, debe entenderse el orden contencioso-administrativo como exclusivo, excluyendo en consecuencia, los posibles interdictos que permite la Ley de Enjuiciamiento Civil permite interponer en el orden jurisdiccional civil.

4.e) Las pretensiones de las partes en el proceso, son las propias del sistema objetivo: pretensiones de anulación y de condena. Sin embargo, no se excluye la posibilidad de que, en caso de que un perjudicado se persone en el proceso, pueda aducir otras pretensiones, como las indemnizatorias.

5.a) La legitimación activa en el proceso especial de garantía de la unidad de mercado, se proyecta en la LGUM y en la LJCA como una legitimación exclusiva. Sin embargo, esta

exclusividad tan solo se predica del trámite de inicio del procedimiento, en la interposición del recurso contencioso-administrativo especial.

En este proceso especial, la CNMC es el único ente con legitimación *ad processum*. También se le reconoce legitimación *ad causam* a la CNMC por otorgarle un derecho subjetivo reaccional, no por la relación jurídica directa entre la actuación administrativa y los derechos o intereses legítimos como afectada por la misma. Sin embargo, esta legitimación *ad causam* ya no es exclusiva, sino que se comparte por aquellos operadores afectados, a los que la actuación impugnada les afecta en sus derechos o intereses.

Estos han de alegar un interés legítimo, siendo que la posición del interesado frente a los efectos de la actuación administrativa impugnada, que pueden ser más o menos mediatos, y que la intensidad de la relación causal entre el beneficio o perjuicio que pueda causar la actuación administrativa en el interesado indirecto, en relación con la existencia de otros elementos que puedan incidir en el mismo.

Esta legitimación de la CNMC se extiende también a los procesos de ejecución y de recursos ordinarios y extraordinarios.

5. b) Si bien la CNMC es un ente creado por la Administración General del Estado, administración matriz, eso no limita su legitimación respecto de las actuaciones de esta administración. Ello por su estatuto específico de autónoma respecto de la Administración que lo crea y que como se ha visto, configura a la CNMC como Autoridad Independiente. También porque la regulación de este proceso especial, no excluyen a ninguna Administración de enjuiciamiento como legitimadas pasivamente, siendo que se permite recurrir cualquier actuación de “cualquier Administración pública”, lo que incluye a la Administración General del Estado. Por lo tanto, la CNMC no tiene limitación subjetiva en su legitimación en este proceso especial, respecto de las Administraciones públicas.

5. c) Sin que haya habido cambios en la LCNMC ni en sus normas de desarrollo, que determine con seguridad jurídica quien y como toma la decisión de interponer este recurso contencioso especial de garantía de la unidad de mercado, será principalmente la Sala de Competencia, quien de manera colegiada tome la decisión. Tan solo en los casos que tengan “especial incidencia en el funcionamiento competitivo de los

mercados o actividades sometidos a supervisión” (art. 12.2 c) EOCNMC), se permite al pleno recabar para sí la toma de posición de la CNMC.

5.d) Si la CNMC ha emitido un informe sobre el acomodo de la actuación administrativa en liza a las previsiones de la LGUM, en el marco de los procedimientos administrativos de protección de la unidad de mercado, la CNMC debe resolver en el mismo sentido que se emitió el Informe, debido a la aplicación de dos Principios, como el de prohibición de *venire contra factum proprium* y el Confianza legítima en la Administración.

5. e) La resolución de la CNMC sobre el inicio del proceso especial mediante la interposición del Recurso contencioso-administrativo, es en mi opinión, un acto igualmente recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por los procedimientos ordinarios.

6.a). Son dos los procedimientos administrativos que persiguen dar protección al operar económico frente a las actuaciones administrativas que puedan suponer un quebranto de sus libertades y de la unidad de mercado.

El recogido en el art. 26 LGUM, proceso impugnatorio de carácter especial, de reclamación, y no de recurso administrativo en sentido estricto. El que establece el art. 28 LGUM, como mecanismo de carácter especial, de cooperación e información.

6.b) Sobre el objeto del procedimiento del art. 26 LGUM, este incluye en vía administrativa, la reclamación contra disposiciones de carácter general. Esta opción está excluida en el procedimiento administrativo ordinario (art. 122.3 LPAC). En este procedimiento especial sin embargo, por mor de esa misma especialidad, se permite la reclamación frente a esta actuación administrativa, por razón de proporcionar una amplia protección de los derechos y libertades que recoge la LGUM, y por protección del interés general.

6.c) En este procedimiento (art. 26 LGUM), la CNMC funciona como “punto de contacto para la unidad de mercado y solución de diferencias”. Como tal, ejerce como interlocutor o mediador administrativo, como canal de comunicación entre administraciones. Ejerce así mismo una función consultiva, pudiendo emitir un informe no preceptivo y no vinculante, donde valore la reclamación, exprese su criterio respecto

a si la actuación impugnada respeta lo establecido en la LGUM y, por último, proponer lo que estime conveniente.

La DA 5ª LGUM, recoge una especie de legitimación universal, que atribuye o asemeja la condición de interesado a cualquier sujeto, también a la CNMC. Esto es acorde con la posición que la CNMC tiene como garante de interés general y el orden público económico, incluido cuando este viene encarnado en la unidad de mercado. Por ello puede de oficio interponer el recurso del art. 26 LGUM.

6.d) El mecanismo de comunicación del art. 28 LGUM, se disgrega en tres mecanismos diferentes. Dentro de estos, la CNMC tiene funciones consultivas –emisión de informes- o informativos –dando comunicación a otros órganos administrativos de las actuaciones comunicadas por medio de este mecanismo, y que puedan ser contrarias a la unidad de mercado-.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, (Dir.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Ed. Atelier, Barcelona 2012.

AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., *La Ley del Procedimiento Administrativo. Estudio de doctrina y jurisprudencia*, Ed. Comares, Granada, 1990.

ALBERTI ROVIRA, E., “La Cláusula de la Libre Circulación y la Garantía de la Unidad de Mercado interno en la Constitución de 1978”, *Revista del CEPC*, núm. 14/1993, (enero-abril).

ALBERTI ROVIRA, E., *Autonomía Política y Unidad Económica*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

ALBERTO MUÑOZ, A. (H), “La Cláusula de Comercio y sus implicaciones en el Federalismo Regulatorio” de la obra *Estudios de Derecho Público* (Dir. Alonso Reguera, E. M.), Ed. Asociación de docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires (Argentina), 2013.

ALDOMÀ I BUIXADÉ, J., “La simplificación administrativa en la Directiva de Servicios” en *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales* (dirs. AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B), Ed. Atelier, Barcelona, 2012.

ALEDÓN J. M., *Historia de la Peseta*, Ed. FNMT, Valencia, 2002.

ALONSO MAS, C.L., “El Principio de no discriminación en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014.

ALONSO MAS, M^a. J., “El Principio de simplificación de cargas” en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014.

ALONSO MAS, M^a. J., “Garantías sustantivas de los operadores económicos: requisitos y límites de la actuación de las ‘autoridades competentes’”, en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014.

ALONSO MAS, M^a. J., “La eficacia de los títulos habilitantes en todo el territorio nacional y la aplicación de la regla del lugar de origen”, en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., *La Lealtad constitucional en la Constitución de 1978*, Ed. CEPC, Madrid, 2008.

ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M., ESTOA PÉREZ, A., FERNÁNDEZ ARRANZ, G. y SOLER MATUTES, P., *Guía útil sobre la Ley de Unidad de Mercado: mecanismos de protección de los operadores económicos*, Ed. Lefebvre, Madrid, 2015.

ÁLVAREZ SUÁREZ, M., “Mecanismos de protección para los operadores de los artículos 26 y 28 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *Boletín Económico del ICE* nº 3057/2014 (noviembre).

ARIÑO ORTIZ, G., “La Administración Institucional: Origen y Personalidad”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 63/1970.

ARIÑO ORTIZ, G., *Revista Situación* (Evolución económica internacional. Luces y sombras), núm. 3, 1983, 54 – 64. Ed. Banco de Bilbao (Vizcaya).

ARIÑO ORTIZ, G., LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., Y DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., *Principios de Derecho Público Económico: (modelo de estado, gestión pública, regulación económica)*, Ed. Comares, Granada, 1999.

ARIÑO ORTIZ, G. *Derecho de la Competencia en sectores regulados*, Ed. Comares, Granada, 2001.

ARIÑO ORTIZ, G. “Teoría y práctica de la regulación para la competencia. Hacia un nuevo concepto de servicio público”, en la obra colectiva *Regulación Económica. Lecturas Escogidas* (Dir. Ariño Ortiz, G; de la Cuétara, J. M; y del Guayo Castiella, I.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002.

ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUÉTARA, J. M. y DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Regulación Económica. Lecturas escogidas*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2012.

ARIÑO ORTIZ, G. “El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 182/2017.

AA. VV (AYALA MUÑOZ, J. M., FERNÁNDEZ-DAZA ALVEAR, J. M., GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., GUTIÉRRES DELGADO, J. M., HUESCA BOADILLA, R., IRURZUN MONTORO, F., RIVERO GONZÁLEZ, M., SANZ GANDASEGUI, F., TORRES FERNÁNDEZ, J. J., VEGA LABELLA, J.I.), “Actividad Administrativa impugnabile”, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa de 1998*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002.

BALMASEDA DEL CAMPO, M., y MELGUIZO ESTESO, Á., “Mejor regulación: ni más, ni menos”, en *Marco regulatorio y unidad de mercado. Libro marrón*, Ed. Círculo de empresarios, Madrid, 2006.

BALSA PASCUAL, C. y ÁLVAREZ SUÁREZ, M., “Mecanismos de la Ley de garantía de la unidad de mercado. La buena regulación al alcance de los operadores”, en *Estudios sobre la Ley de Garantía de la unidad de mercado*, Ed. Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2017.

BAÑO LEÓN, J. M., “El servicio de defensa de la competencia y el tribunal de defensa de la competencia”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7/1996.

BAÑO LEÓN, J. M., “La distinción entre Derecho Fundamental y Garantía Institucional en la Constitución española”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 24/1988 (septiembre-diciembre).

BAÑO LEÓN, J. M., *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1996.

BAÑO LEÓN, J. M., “Libre Competencia y Administración Pública” en *Derecho de la Regulación Económica*, vol. IX, Tomo II (Dir. MUÑOZ MACHADO, S. y ROBOLLO PUIG, M.), Ed. Iustel, Madrid, 2013.

BARNES VÁZQUEZ, J., “El Principio de Proporcionalidad. Estadio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5/1998 (octubre-noviembre).

BARRIO GARCÍA, G., “Principios de relación entre Administraciones Públicas”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, núm. 4/2000.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las Administraciones Independientes. Un reto para el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Ed. Civitas, Pamplona-Navarra, 2010.

BETANCOR RODRIGUEZ, A., “Las perplejidades y contradicciones de la doctrina constitucional sobre el título competencial relativo a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles”, *Revista Diálogos Jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, núm. 5/2020.

BILBAO UBILLOS, J. M., “Las Agencias Independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3/1999.

BOCANEGRA SIERRA, R., *Lecciones sobre el acto administrativo*, Ed. Thomson – Civitas, Madrid, 2004

BOCANEGRA SIERRA, R., *La Teoría del Acto Administrativo*, Ed. Iustel, Madrid, 2005.

BOTO ÁVAREZ, A., *La Administración Instrumental en el Proceso*, Ed. Reus, Madrid, 2011.

BOUAZZA ARIÑO, O., “De nuevo sobre el control judicial de la discrecionalidad de la administración al hijo de la infracción en el ejercicio de la jurisdicción como fundamento del recurso de casación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 202/2017 (enero – abril).

BUISÁN GARCÍA, N., “Otros mecanismos de protección de la Unidad de Mercado”, en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentarios a la Ley de garantía de la unidad de mercado* (Dir. ALONSO MAS, M. J.), Ed. La Ley, Madrid, 2014.

BUISÁN GARCÍA, N., “Transparencia y acceso a la información como garantía de la unidad de mercado” en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014.

BURLADA ECHEVESTE, J. L., *Las garantías jurisdiccionales frente a la vía de hecho de las Administraciones*, Ed. IVAP, Oñati (Guipúzcoa), 2004.

CALONGE VELÁZQUEZ, A., *Autonomía Política y Unidad de Mercado en la Constitución española de 1978*, Ed. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid y Caja de Ahorros y M.P de Salamanca, Valladolid, 1988.

CARBONELL PORRAS, E., *Los órganos colegiados. Organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*, Ed. BOE y CEPC, Madrid, 1999.

CARBONELL PORRAS, E., “Los intereses colectivos en la jurisdicción contencioso-administrativa”, en *Intereses colectivos y legitimación activa* (Dir. Carbonell Porras, E.), Ed. Aranzadi, Pamplona-Navarra, 2014.

CARBONELL PORRAS, E., “La legitimación en los procedimientos de defensa de la unidad de mercado”, en *Estudios sobre la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2017.

CARLÓN RUIZ, M., “Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercado y de la Competencia como garante de la Unidad de Mercado”, en *La Comisión Nacional de los Mercado y de la Competencia* (Dir. Carlón Ruiz, M.), Ed. Civitas, Pamplona – Navarra, 2014.

CARLÓN RUIZ, M., “Los mecanismos de protección de la Unidad de Mercado en el seno de la Ley 20/2013”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 165/2014 (julio-septiembre).

CARRETERO PÉREZ, A., “Comentarios a la Ley de 20 de julio de 1963 sobre represión de prácticas restrictivas a la competencia”, *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núm. 9/1964 (septiembre-diciembre).

CASARES MARCOS, A., “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación: procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores por las autoridades competentes”, en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentarios a la Ley de garantía de la unidad de mercado* (Dir. Alonso Mas, M. J.), Ed. La Ley, Madrid, 2014.

CASES PALLARÉS, L., *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Ed. Pons, Madrid, 1995.

CERRATO GURI, E., *La tutela de la posesión en la LEC*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CHAVES GARCÍA, J. R., “No hay vía de hecho si la Administración ejecuta sus actos suspendidos”, en su blog <http://contencioso.es/2013/12/04/no-hay-via-de-hecho-si-la-administracion-ejecuta-sus-actos-suspendidos-3/>.

CHINCHILLA MARÍN, C., *La Desviación de Poder*, Ed. Civitas, Madrid, 1989.

CHINCHILLA MARÍN, C., *La Desviación de poder*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

CLAUDE MORANGE, “A propos de «l’inexistence» de la Constitution de Bayonn”, *Revista Historia Constitucional*, núm. 10/2009.

CLAVERO AREVALO M. F., Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas”, *Documentación Administrativa*, núm. 58/1958.

CLAVERO AREVALO, M. F., “La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Administraciones Públicas*, núm. 30/1959.

COBO OLVERA, T., *Régimen jurídico de las administraciones públicas: análisis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reformada por la Ley 4/1999, de 13 de enero: (estudio normativo, doctrinal y jurisprudencial)*, Ed. La Ley, Madrid, 2002.

COLOM PASTOR, B., *El Derecho de Petición*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

CORONAS GONZÁLEZ S. M., *Manual de Historia del Derecho Español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

COSCULLUELA MONTANER, L., “Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales y de derecho comunitario europeo y los principios generadores de derecho público económico” en *Estudios de Derecho Público Económico, Libro Homenaje al Prof. Dr. Sebastián Martín-Retortillo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003.

COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo. Tomo I.*, Ed. Civitas, Pamplona (Navarra), 2009.

COSCULLUELA MONTANER, L. y LÓPEZ BENÍTEZ, M.; *Derecho Público Económico*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.

COSTAS COMESAÑA, J., “La independencia de las Autoridades de Competencia: del Tribunal de Defensa de la Competencia a la Comisión Nacional de Competencia”, en *Las Administraciones Independientes* (Coord. Pauner Chulvi, C. y Tomás Mallén, B.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

DE LA CUADRA SALCEDO, T., “Perfiles europeos y conceptuales de las Autoridades Regulatoras y de su estatuto. La cuestión de la independencia”, en *La Comisión Naciones de los Mercados y la Competencia* (Dir. Carlón Ruíz, M, Ed. Civitas), Pamplona-Navarra, 2014

DE LA CUESTA, J. M^a., “Recurso contencioso-administrativo contras las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 114/1969 (octubre-diciembre).

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., “El nuevo modelo de regulación para la competencia”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, núm. 3/1999.

DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (Dir.), *La Ordenación de las Actividades de Servicios: Comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, Ed. Thomson Reuters/ Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2010.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. *Mercado nacional único y Constitución*, Ed. CEPC, Madrid, 2008.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “La libre circulación de mercancías en los sistemas políticos descentralizados: ¿Garantía de libertad económica o prohibición del proteccionismo?”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 35/2010.

DE MEDIZÁBAL ALLANDE, R., “El Tribunal de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho Judicial*, núm. 22/1965 (abril-junio).

DE OTTO PARDO, I., “La posición constitucional del Gobierno”, *Documentación Administrativa*, núm. 188/1980.

DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ed. Ariel, Madrid, 1987 (reedición de 2008).

DE VICENTE DOMINGO, R., *Los Entes Instrumentales en las leyes de procedimiento y de contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

DEL SAZ CORDERO, S., “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Ed. Civitas, Madrid, 1992.

DESDETANDO DAROCA, E., “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 84/2009.

DIDIER BOURGUIGNON, *Le Principe de Précaution. Définitions, applications et gouvernance*, Ed. EPRS – Servicio de Publicaciones del Parlamento Europeo, Bruselas-Unión Europea, 2015.

DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., “Los órganos colegiados en la Ley 30/1992”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 266/1995.

DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., “Comentario al artículo 20 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 100/1998 (octubre-diciembre).

DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de Derecho Fundamentales*, Ed. Civitas, Madrid, 2003.

DUQUE VILLANUEVA, J. C., “Las Conferencias Sectoriales”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 79/2007 (enero - abril).

EMBID IRUJO, A., “Las partes”, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso – administrativa* (Dir. LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M.), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001.

ESCUDERO LÓPEZ, J. A., *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*, Ed. Autor-editor, Madrid, 2012.

ESTEVE PARDO, J., “El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público” en *Derecho de la Regulación Económica. Tomo I*, (Dir. MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J.), Ed. Iustel, Madrid, 2009.

ESTEVE PARDO, J. “La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional”, en *Derecho de la Regulación Económica. Tomo I*, (Dir. MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J.), Ed. Iustel, Madrid, 2009

ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.

ESTOA PÉREZ, A., en “Protección de los operadores en la ley de garantía de la unidad de mercado: especial referencia al recurso jurisdiccional en defensa de la unidad de mercado”, en *Estudios sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, Ed. Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2017.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. “Las competencias del Estado como garantía de la unidad de mercado en la jurisprudencia constitucional”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 3/2015 (junio).

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Recurso de Amparo según la jurisprudencia constitucional*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994.

FERNÁNDEZ LIESA, C. R. “Notas sobre la unidad de mercado en perspectiva internacional y europea” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2/2014.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Orden Público y nulidad de pleno derecho”, *Revista de Administración Pública* núm. 59/1969.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *La doctrina de los vicios de orden público*, Ed. IEAL, Madrid, 1970.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Reflexiones sobre las llamadas autoridades administrativas independientes”, en *Administración instrumental: Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo Vol. I.*, Ed. Civitas, Madrid 1994.

FERNÁNDEZ SARASOLA, I., “La Primera Constitución española: el Estatuto de Bayona”, *Revista de Derecho* Universidad del Norte (Barranquilla – Colombia), núm. 26/2006.

FERNÁNDEZ TORRES, J., R., “Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 42/2011.

FERNANDO PABLO, M. M., “El contencioso-administrativo de la unidad de mercado: ¿una jurisdicción contencioso-objetiva? en *Estudios sobre la Ley de Garantía de la unidad de mercado*, Ed. Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2017

FRANÇOIS EWALD, CHRISTIN GOLLIER y NICOLAS DE SADELEER, *Le Principe de Précaution*, Ed. Puf, París, 2008.

FUENTEAJA PASTOR, J. “Unidad de mercado y derecho europeo” en *Estudios sobre la Ley de garantía de la unidad de mercado* en *Estudios sobre la Ley de Garantía de la unidad de mercado*, Ed. Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2017

GARCÍA – PELAYO, M., “Consideraciones sobre las Cláusulas Económicas de la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Ed. Libros Pórtico, Zaragoza, 1979.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Sobre los derechos públicos subjetivos”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 6/1975.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-R., *Curso de Derecho Administrativo. Vol. II.*, Ed. Civitas, Madrid, 2004.

GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-R., *Curso de Derecho Administrativo, Vol. II*, Ed. Thomson – Civitas, Pamplona (Navarra), 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ TOMÁS-R., *Curso de Derecho Administrativo, Vol. I*, Ed. ARANZADI, Pamplona (Navarra), 2013.

GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-R., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I.*, Ed. Civitas, Pamplona (Navarra), 2015.

GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-R., *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II.*, Ed. Civitas, Pamplona – Navarra, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, J., “Competencia exclusiva del Estado sobre la ‘legislación mercantil’”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo V* (Coord. MARTÍN-RERORTILLO BAQUER, S.), Ed. Civitas, Madrid, 1991.

GARCIA LLOVET, E., “Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 131/1993 (mayo-agosto).

GARCÍA LLOVET, E., “Constitución Económica y Constitución territorial económica”, *Autonomies: Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 22/1997.

GARCÍA LÓPEZ E., “Estado de las autonomías, Constitución económica y Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 39/1984 (mayo – junio).

GARCÍA LUENGO, J., “Los supuestos de nulidad de pleno derecho establecidos al margen de la Ley de Procedimiento Común”, *Revista de Administraciones Públicas*, 159/2001 (septiembre – diciembre).

GARCÍA LUENGO, J., *La nulidad de pleno derecho de los Actos Administrativos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

GARCÍA PÉREZ, M., *El objeto del Proceso Contencioso - Administrativo*. Ed. Aranzadi, Pamplona-Navarra, 1999.

GARCÍA PÉREZ, M., “El régimen jurídico de las normas y los actos administrativos”, en *Norma y acto administrativos*, Ed. Iustel, Madrid, 2018.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974.

GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., “Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974.

GARCÍA VERDUGO, J., “El diseño institucional de la CNMC: Análisis crítico y propuestas de reforma”, *Papeles de Economía Española* (Regulación y política de defensa de la competencia en España), núm. 145/2015.

GARRIDO FALLA, F., *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.

GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo. Vol. I. Parte General*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

GARRIDO FALLA, F. “La impugnación de disposiciones de carácter general”, en *Jornadas de estudio sobre la jurisdicción contencioso-administrativa (A Coruña, 1997)*, Ed. Universidad de A Coruña, 1998.

GARRIDO FALLA, F., y FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M^a, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de las Leyes 30/1992 y 4/1999)*, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

GARRIGUES DÍAZ-CABAÑETE, J., *La Defensa de la Competencia Mercantil*, Ed. Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964.

GETE-ALONSO CALERA, M^a del C., “Las nociones de mercantilidad del proyecto de Código Mercantil. Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I - núm. 4/2014 (octubre – diciembre).

GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, J.M^a, *Control y Autonomías*, Ed. Civitas, Madrid, 1896.

GÍMENEZ SÁNCHEZ, I. M., “*Indirizzo politico*, dirección política, impulso político: el papel del Parlamento”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, núm. 18/2008-II.

GIMENO FELIÚ, J. M., “Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 135/1994 (septiembre-diciembre).

GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil II*, Ed. COLEX, Madrid, 2005.

GÓMEZ DE ENTERRÍA Y SÁNCHEZ, C., “La aplicación en España de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios de las personas físicas”, *Documentación Administrativa*, núm. 201/1984.

GÓMEZ DÍAZ, B., *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, Ed. Iustel, Madrid, 2014.

GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, Ed. Aranzadi, Pamplona-Navarra, 2002.

GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Estudio Preliminar”, en *Procedimientos Administrativos Especiales, Vol. I.* (Dir. González Navarro, F.), Ed. Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967

GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La pretensión procesal administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 12/1953.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Derecho procesal administrativo. Tomo I”, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

GONZALEZ PEREZ, J., “El recurso contencioso – administrativo contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia”, *Revista de Administración Pública*, núm. 58/1969.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1994.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., “El coadyuvante en el proceso administrativo”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2/1996.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso – administrativa (Ley 20/1998, de 13 de julio). Tomo I*, Ed. Civitas, Madrid, 1998.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentario a la Ley de Jurisdicción contencioso – administrativa (Ley 29/1998, de 13 julio)*, Ed. Civitas, Madrid, 2003.

GONZÁLEZ PÉREZ J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. Civitas, Navarra, 2012.

GONZÁLEZ RÍOS, I., “Las vías alternativas de recurso en el ámbito de la unidad de mercado”, en *Las vías administrativas de recurso a debate - Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores del Derecho Administrativo* (Coord. López Ramón, F.), Ed. INAP, Madrid, 2016.

GUAITA AURELIO, *Derecho Administrativo especial. Tomo II*, Ed. Librería General, Zaragoza, 1970.

GUILLEM CARRAU, J., “Breves apuntes sobre el liberalismo económico y las nuevas reglas para actuar en los mercados de la Constitución de Cádiz”, *Anuario de Derecho Parlamentario – Corts Valencianas*, núm. 26/2012.

HUERGO LORA, A., *Las Pretensiones de Condena en el Contencioso – Administrativo*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000.

JIMÉNEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al derecho interno: primeros pasos de un largo proceso*, Ed. IVAP, Oñati (Guipúzcoa), 2010.

JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.,J., “Organización instrumental en la Ley de Organización y Funcionamiento de las Administraciones Públicas”, *Documentación Administrativa*, núm. 246.247/septiembre 1996 – abril 1997.

JORDANA DE POZAS, L., “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48/1949.

LAFUENTE BENACHES, M., “La legitimación para impugnar actos y disposiciones administrativos después de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 42/1984 (abril-junio).

LAGUNA DE PAZ, J. C., “Controles administrativos para el acceso al mercado: autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas”, en *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Ed. CES Castilla y León, Valladolid, 2010.

LAGUNA DE PAZ, J. C.; “La regulación del mercado: lecciones para alumnos díscolos”, en *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum al Profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz* (Coord. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L; VILLAR ROJAS F. J.), Ed. La Ley, Madrid, 2011.

LAGUNA DE PAZ, J. C., *Derecho Administrativo Económico*, Ed. Civitas, Pamplona (Navarra), 2016.

LAVILLA RUBIRA, J. J., “Organización y funcionamiento de la CNMC”, en *La Comisión Naciones de los Mercados y la Competencia* (Dir. Carlón Ruíz, M.), Ed. Civitas, Pamplona-Navarra, 2014.

LEGUINA VILLA, J., “El ámbito de la Jurisdicción” en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (Dir. LEGUINA VILLA, J., y SÁNCHEZ MORÓN, M.), Ed. Lex Nova, Valladolid, 1999.

LEÓN SANZ, F. J., “La garantía de la Unidad de Mercado”, *Revista ICE* (Instituto de Comercio Exterior), núm. 871/2013 (marzo-abril).

LINDE PANIAGUA, E., *Leyes Orgánicas*, Ed. Linde Editores, Madrid, 1990.

LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., “Límites sustanciales de los Convenios Administrativos”, en *Discrecionalidad administrativa y control Judicial* (Coord. Hinojosa Martínez, E., y González-Deleito Domínguez, N.), Ed. Civitas y Junta de Andalucía, Madrid, 1996

LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., “El Principio de Proporcionalidad en Derecho Administrativo”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5/1998 (octubre-noviembre).

LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., *El Principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Ed. Instituto García Oviedo (Universidad de Sevilla), Sevilla, 1988.

LÓPEZ GUERRA, L.M., “La posición constitucional del Gobierno”, en *Gobierno y administración en la Constitución, Vol. I.*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.

LÓPEZ MENUDO, F., “Fin de la tutela sumaria de la posesión –interdictos- frente a la Administración pública (el atípico final de una larga polémica)”, en *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Vol. I. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández* (Coord. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y ALONSO GARCÍA, R.), Ed. Civitas, Pamplona (Navarra), 2012.

LÓPEZ RAMÓN, F., “Límites constitucionales de la Autotutela administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 115/1988 (Enero-Abril).

LOZANO CUTANDA, B., “Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado: las diez reformas clave”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9/2014.

MAGIDE HERRERO. M., *Límites constitucionales de las Administraciones Independientes*, Ed. INAP, Madrid, 2000.

MARTÍN MATEO, R., *El marco público de la Economía de Mercado*, Ed. Trivium, Madrid, 1999.

MARTÍNEZ GUITIÉRREZ, R., “Régimen jurídico del intercambio electrónico de datos, documentos y certificaciones entre Administraciones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 183/2013 (septiembre-diciembre).

MARTÍNEZ MARÍN, A., *Una teoría sobre nuestra organización pública y sus principios*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “La Desviación de Poder en el Derecho Español”, *Revista de la Administración Pública*, núm. 22/1957 (enero-abril).

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho Administrativo Económico. Tomo I.* Ed. La Ley, Madrid, 1988.

MEILÁN GIL, J. L., “Una aproximación jurídica a la regulación económica y financiera”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 75/2009 (septiembre-diciembre).

MEILÁN GIL, J.L. “La distinción acto-norma” en *Norma y acto administrativos*, Ed. Iustel, Madrid, 2018

MENÉNDEZ GARCÍA, P., “Capacidad Procesal y legitimación ante la jurisdicción contencioso-administrativa”, en *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor. Vol. I.*, (Dir. Soriano García, J. E.; Coord. Estepa Montero, M.), Ed. Iustel, Madrid, 2014.

MENÉNDEZ REXACH, Á., “El control judicial de la inactividad de la administración”, *AFDUAM (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid)*, núm. 5/2001.

MIGUEZ MACHO, L., *La intervención administrativa en el comercio interior*, Ed. Iustel, Madrid, 2005.

MIGUEZ MACHO, L., “La eficacia en todo el territorio nacional de los medios administrativos de intervención en las actividades económicas. En especial, las comunicaciones y declaraciones responsables”, *Estudios sobre la Ley de Garantía de la unidad de mercado*, Ed. Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2017.

MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el Proceso Civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre el)*, Ed. Civitas, Madrid, 1994.

MONTERO PASCUAL, J. J., *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la Competencia*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013

MONTERO PASCUAL, J. J., *Regulación Económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MOREU CARBONELL, E., “La Administración ‘neopolicial’. Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 12/2010 (extra)

MUÑOZ DE BUSTILLO, R. Y BONETE PERALES, R. *Introducción a la Unión Europea: un análisis desde la Economía*, Alianza Editorial, Madrid, 2009.

MUÑOZ MACHADO, S., “Las competencias en materia económica del Estado y de las Comunidades Autónomas”, en *La distribución de competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española* (Dir. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.), Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980.

MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Ed. Civitas, Madrid, 1982.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo I*, Ed. Thomson-Civitas, 2004.

MUÑOZ MACHADO, S., “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, en *Derecho de la Regulación Económica. Tomo I*, (Dir. MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J.), Ed. Iustel, Madrid, 2009.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Ed. Iustel, Madrid, 2011.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XII.*, Ed. BOE (Ministerio de la Presidencia), Madrid, 2015.

NARBÓN FERNÁNDEZ, J., “El Principio de cooperación y Confianza Mutua en la LGUM”, en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014.

NAVARRO RODRÍGUEZ, P., “La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: naturaleza, régimen jurídico e independencia”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 34/2013.

NIETO GARCÍA, A., “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 37/1962 (enero-abril).

NIETO, A. “La discutible supervivencia del interés directo”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 12/1977 (enero - marzo)

NIETO GARCÍA, A., “La inactividad material de la Administración: veinticinco años después” *Documentación Administrativa*, núm. 208/1986.

NIETO GARCÍA, A., “La Administración sirve con objetividad a los intereses generales”, en *Estudios sobre la Constitución española. Libro homenaje al Profesor García de Enterría, Vol. III.*, Ed. Civitas, 1991.

NIETO, A., “La jerarquía administrativa” en *Documentación Administrativa*, núm. 229/1992.

NIETO GARCÍA, A., “La Inactividad de la Administración en la LICA de 1998”, *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm. 1/1999 (Extraordinario).

NIETO GARCÍA, A., “La vía de hecho omisiva”, en *La Justicia administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Ed. Atelier, Barcelona 2003.

OCHOA MONZÓ, J., “La articulación de la supervisión de los operadores económicos”, en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014.

OCHOA MONZÓ, J., “El entramado institucional de la LGUM”, en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014.

OLIVENCIA RUIZ, M., “El Título Preliminar de la Propuesta Código Mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil (Aranzadi)*, núm. 290/2013 (octubre – diciembre).

OTERO LÓPEZ, D., “La desviación de poder en los procedimientos especiales de garantía de la unidad de mercado”, *Revista Diálogos Jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, núm. 5/2020.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. I., “La inmediatividad del interés directo en la legitimación contencioso-administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 82/1977.

PADRÓS REIG, C. y MACÍAS CASTAÑO, J. M., “Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado”, *Revista de Administración Pública* núm. 194/2014 (mayo – agosto).

PARADA VÁZQUEZ, R., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.

PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, Ed. OPEN, Madrid, 2013

PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo. Tomo I*, Ed. OPEN, Madrid, 2013

PAREJO ALFONSO, L., “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la ley del régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común”, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativos Común* (Dir. Leguina, J. y Sánchez Morón, M.), Ed Tecnos., 1993

PAREJO ALFONSO, L., Prólogo de la obra de Betancor Rodríguez, A., *Las Administraciones Independientes. Un reto para el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.

PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo*, Ed. Ariel, Barcelona, 2003.

PAREJO ALFONSO, L., *Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo*, Ed. INAP, Madrid, 2012.

PARIAS SAINZ DE ROZAS, M., “La revolución liberal española” en la obra *Historia contemporánea de España (1808-1939)*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996

PEÑALVER I CABRÉ, A., “Las pretensiones en el contencioso – administrativo para la efectiva protección de los intereses colectivos”, *Revista de Administración Pública*, 190/2013 (enero-abril).

PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., “Directiva de servicios y turismo: el nuevo régimen de acceso y prestación de los servicios turísticos y su contribución al incremento de la calidad turística”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 24/2013 (enero-junio).

PEREZ FERNÁNDEZ, J. M., “La transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior”, en *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico* (Dir. ARZOZ SANTISTEBAN, X.), Ed. Institut d’Estudis Autonòmics, Barcelona, 2013.

PÉREZ VELASCO, M^a del M., “Intercambio de datos entre administraciones públicas”, *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 2/2006.

PERNAS GARCÍA, J. J., El Principio de necesidad y de proporcionalidad en la Ley de garantía de la Unidad de Mercado”, *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014.

PETIT CALVO, C., “Oposición Foral al Código de 1829”, *Anuario de Historia del Derecho*, N.º 59/1989.

POMED SANCHEZ, L. A., “Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes”, *Revista de Administración Pública* núm. 132/1993, págs. 117 a 170.

POMED SÁNCHEZ, L., “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Administración Independiente”, en *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (Dir. Carlón Ruíz, M.), Ed. Civitas, Pamplona-Navarra, 2014.

PUNSET BALNCO, R., “Lealtad constitucional, limitación de derechos y división de poderes”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 3/2002.

RALLO LOMBARTE, A., *La constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

RALLO LOMBARTE, A., “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: los reparos de las instituciones europeas sobre la independencia del regulador”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 34/2014.

RASTROLLO SUÁREZ, J. J., “Ordenanza municipal y unidad de mercado”, en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentarios a la Ley de garantía de la Unidad de Mercado* (Dir. Alonso Mas, M. J.), Ed. La Ley, Madrid, 2014.

REBOLLO PUIG, M., “Potestades inspectoras y sancionadoras”, en *La Comisión Naciones de los Mercados y la Competencia* (Dir. Carlón Ruíz, M.), Ed. Civitas, Pamplona-Navarra, 2014.

REBOLLO PUIG, M., “El principio de necesidad y proporcionalidad de los límites a las actividades económicas”, *Estudios sobre la Ley de Garantía de la unidad de mercado*, Ed. Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2017.

REGO BLANCO, M^a D., “La acción popular como legitimación para interponer el recurso contencioso administrativo en España. Estudio para una perspectiva de Derecho Comparado” en *Contencioso Administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (Coord. Fernández Ruíz y Santiago Sánchez), Universidad Autónoma de México, 2007.

RIVERO OTERGA, R., *Derecho Administrativo Económico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ BEAS, M., “Los mecanismos de protección de los operadores económicos en garantía de la unidad de mercado: nueva vía alternativa al sistema administrativo de recursos”, en *Las vías administrativas de recurso a debate - Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores del Derecho Administrativo* (Coord. López Ramón, F.), Ed. INAP, Madrid, 2016.

RODRÍGUEZ FONT, M., “Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local”, *Anuario de Derecho Local*, núm. 1/2009.

RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., “El principio de no discriminación y el otorgamiento de ventajas económicas en el marco de la LGUM”, *Estudios sobre la Ley de Garantía de la unidad de mercado*, Ed. Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2017.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y SENDÍN, M. Á., *Derecho Administrativo español. Tomo II*, Ed. Netbiblo, A Coruña, 2008.

ROSINO CALLE, R. C., “Los Dictámenes del Consejo de Estado y del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional- UNED*, núm. 34/2014,

SÁENZ ROYO, E., “La participación de las comunidades autónomas en la toma de decisiones estatales”, en *Cooperación y reparto competencial en los Estados descentralizados*, Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 2013.

SAINZ MORENO, F., “Orden público económico y restricciones de la competencia”, *Revista Administración Pública*, núm. 84/1977.

SAINZ MORENO, F., “El principio de libre competencia como manifestación del orden público económico”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 24/1980.

SALA ARQUER, J. M., “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 42/1984 (abril-junio).

SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J. A., FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Jurisdicción y competencia en el proceso Contencioso-Administrativo*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001.

SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J.A., FERNÁNDEZ MONTALVO, R. en *Derecho Procesal Administrativo. Tomo II.*, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013.

SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J.A., FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Derecho Procesal Administrativo. Tomo I.*, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013.

SALVADOR MARTÍNEZ, M., *Autoridades Independientes*, Ed. Ariel, Barcelona, 2002.

SÁNCHEZ ISAC, J., *El interés directo en los Derechos español y francés*, Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977.

SÁNCHEZ MORON, M., *Derecho Administrativo. Parte general*, Ed. Tecnos, Madrid, 2010.

SÁNCHEZ MORÓN, M., “Nuevas garantías de Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194/2014 (mayo-agosto).

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte general*, Ed. Tecnos, Madrid, 2016.

SÁNCHEZ NÚÑEZ P., “Defensa de la competencia y diseño institucional” en *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces (CERASA), 2018.

SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Ed. CEURES, Madrid 1988.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo. Tomo I*, Ed. CERASA, Madrid, 1991.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo general*, Ed. IUSTEL, Madrid, 2009.

SANTAMARIA PASTOR, J.A., *La Ley reguladora de la Jurisdicción contenciosa-administrativa*, Ed. Iustel, Madrid, 2010.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Sectores regulados y competencia: un dilema complejo”, en *Las Técnicas de Regulación para la Competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Ed. Iustel, Madrid, 2011

SANTAMARIA PASTOR, J. A., “El contencioso de la Unidad de Mercado”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 87/2013, (septiembre – diciembre).

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “El contencioso de la Unidad de Mercado”, en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentario a la Ley de garantía de la Unidad de Mercado* (Dir. Alonso Mas, M. J.), Ed. La Ley, Madrid, 2014.

SANTAMARÍA PASTOR, J., A., *Principios de Derecho Administrativo General, Vol. II.*, Ed. Iustel, Madrid, 2015.

SANTOLAYA MACHETTI, P., *Descentralización y Cooperación*, Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984.

SEGURA, J. “Los organismos supervisores independientes en economías avanzadas”, en *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces (CERASA), 2018.

SOLA TEYSSIERE, J., “Ordenación de las actividades económicas tras las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Unidad de Mercado”, *Revistas de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 11/2009.

SOLANES MULLOR, J., *Administraciones independientes y Estado regulador. El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público español*, Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 2016.

SOLÉ TURA, J. y AJA FERNÁNDEZ, E., *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1990.

SOSA WAGNER, F. y MARTÍN MATEO, R., *Derecho Administrativo económico*, Ed. Pirámide, Madrid, 1977.

SOSA WARNER, F., *Jurisdicciones administrativas especiales*, Ed. Instituto García Oviedo/Universidad de Sevilla, 1977.

SOSPEDRA MARTÍNEZ, M., “El Estatuto de Bayona: originalidad e imitación en la primera Constitución española”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 58/59.

TEDDE DE LORCA, P., “Revolución liberal y crecimiento económico en la España del Siglo XIX”, en la obra *Antiguo Régimen Liberalismo. Homenaje a Miguel Artola. Vol. I*, Ed. Alianza, Madrid, 1994.

TENA PIAZUELO, V., *La Unidad de Mercado en el Estado Autonómico*, Ed. Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.

TENORIO SÁNCHEZ, P. J., *El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Perspectivas de reforma*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2014.

TESO GAMELLA, M^a P.: “Legitimación y acción popular. Novedades jurisprudenciales”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 36/2009.

TORNOS MAS, J., “Comercio Interior”, *Derecho Administrativo Económico, Tomo II*, Ed. La Ley, Madrid, 1991.

TORNOS MAS, J., “Las Conferencias Sectoriales”, *Documentación Administrativa*, núm. 240/1994 (octubre – diciembre),

TORNOS MAS, J., “Discrecionalidad e intervención administrativa económica”, en *Discrecionalidad administrativa y control Judicial* (Coord. Hinojosa Martínez, E., y González-Deleito Domínguez, N.), Ed. Civitas y Junta de Andalucía, Madrid, 1996.

TORNOS MAS, J., “La nueva acción frente a la inactividad de la Administración del art. 29 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa de 1988”. Especial referencia a su ámbito objetivo” en *La Justicia administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta* (Coord. MONTORO CHINER, M. J.), Ed. Altier, Barcelona, 2003.

TORNOS MAS, J. “La potestad normativa de las autoridades administrativas independientes. El caso del Consell Audiovisual de Catalunya”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17/2003, págs. 487 a 492.

TORNOS MAS, J., “La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la Unidad de Mercado. En particular, el Principio de Eficacia”, *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 19/2014 (abril).

TORNOS MÁ, J., “Potestades inspectoras y sancionadoras”, en *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Ed. Civitas, Pamplona-Navarra, 2014.

TORRES DEL MORAL, A., *Constitucionalismo Histórico español*, Átomo Ediciones, Madrid, 1986.

URRUTIA LIBARONA, I., “La configuración legal de la unidad de mercado y estado autonómico” en *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 175/2016.

VALRELA SUANZES-CARPEGNA, J., *Constituciones y Leyes Fundamentales. Tomo I*, Ed. Iustel, Madrid, 2012.

VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., *Política y Constitución en España (1808 – 1978)*, Ed. CEPC, Madrid, 2007.

VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., “La dimension européenne du constitutionnalisme espagnol”, *Revista Historia Constitucional*, núm. 14/2013.

VELASCO RICO, C. I., “Territorialidad, extraterritorialidad e interés. Análisis comparado de los sistemas de distribución de competencias de Estados Unidos, Canadá, Austria, Alemania e Italia: lecciones para el Estado Autonómico”, *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*, núm. 2/2011 (abril).

VERA SANTOS, J.M., “Con perdón: algunos argumentos “políticamente incorrectos” que explican la bondad del estudio del primer texto constitucional de España (o de la naturaleza jurídica, contenido e influencia napoleónica en el Estatuto de Bayona)” en *Estudios sobre la Constitución de Bayona* (dirs. ÁVAREZ CONDE, E. y VERA SANTOS, J.M.), Ed. La Ley, Madrid, 2008.

VICENTE RUIZ, M^º D., “La necesaria cooperación administrativa para hacer efectiva la unidad de mercado”, *Revista ICE* (Instituto de Comercio Exterior), 871/2013 (abril-mayo).

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “Objeto y Contenido de los Derechos Fundamentales” en *Teoría general de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*, Ed. Tecnos, Madrid, 2004.

VIVANCOS E., *Comentarios a la Ley de procedimiento administrativo*, Ed. AHR, Barcelona, 1959.

XIOL RÍOS, J. A., “La utilización de técnicas de relación con particulares entre administraciones públicas: concesión; licencias; sanciones. La ejecutividad entre administraciones públicas”, *Revista de la Fundación Democracia y Gobierno Local (QDL)*, núm. 8/2005.

ZANOBINI, G., *Corso de Diritto Amministrativo*, Milán, 1947.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

STC 4/1981, de 2 de febrero

STC 11/1981, de 8 de abril

STC 37/1981, de 16 de noviembre

STC 1/1982, de 28 de enero

STC 6/1982, de 22 de febrero

ATC 156/1982, de 28 de abril

STC 18/1982, de 4 de mayo

STC 60/1982, de 11 de octubre

STC 71/1982, de 30 de noviembre

STC 32/1983, de 28 de abril

STC 42/1983, de 20 de mayo

STC 62/1983, de 11 de julio

STC 76/1983, de 5 de agosto

STC 80/1983, de 10 de octubre

STC 101/1983, de 18 de noviembre

STC 122/1983, de 16 de noviembre

STC 83/1984, de 24 de julio

STC 89/1984, de 28 de septiembre

STC 96/1984, de 19 de octubre

STC 100/1984, de 8 de noviembre

ATC 158/1985, de 6 de marzo

STC 88/1986, de 1 de julio

STC 24/1987, de 25 de febrero

STC 27/1987, de 27 de febrero

STC 87/1987, de 2 de junio

STC 160/1987 de 27 de octubre

STC 13/1988, de 4 de febrero

STC 73/1988, de 21 de abril

STC 93/1988 de 24 de mayo

STC 198/1988, de 24 de octubre

SSTC 257/1988, de 22 de diciembre

STC 14/1989, de 26 de enero

ATC 356/1989, de 29 de junio

STC 123/1989, de 6 de julio

STC 183/1989, de 3 de noviembre

STC 64/1990, de 5 de abril

STC 76/1990, de 26 de abril

STC 97/1991, de 9 de mayo

STC 101/1991, de 13 de mayo

STC 135/1992, de 5 de octubre

STC 195/1992, de 16 de noviembre

STC 84/1993 de 8 marzo

STC 242/1993, de 14 de julio

STC 127/1994 de 5 de mayo

STC 37/1995, de 7 de febrero

STC 58/1995, de 10 de marzo

STC 66/1995, de 8 de mayo

STC 138/1995, de 14 de octubre

STC 115/1996, de 25 de junio

STC 133/1997, de 16 de julio

STC 40/1998, de 19 de febrero

STC 50/1999, de 6 de abril

STC 63/1999, de 26 de abril

STC 208/1999, de 11 de noviembre

STC 239/2002, de 11 de diciembre

STC 154/2003, de 17 de julio

ATC 24/2004, de 26 de enero

STC 246/2004, de 20 de diciembre;

STC 17/2006, de 30 de enero

STC 108/2011, de 20 de junio

STC 109/2011, de 22 de junio,

STC 8/2012, de 18 de enero

STC 96/2013, de 23 abril

STC 126/2013, de 3 de junio

STC 3/2014, de 16 de enero

STC 215/2014, de 18 de diciembre

STC 232/2015, de 5 de noviembre

STC 79/2017 de 22 de junio

STC 110/2017 de 5 de octubre

STC 111/2017 de 5 de octubre

STC 119/2017 de 31 de octubre

STC 89/2019, de 2 de julio

STC 90/2019, de 2 de julio

STC 3/2014, de 16 de enero

Tribunal Supremo

STS de 13 marzo 1958 (RA 1320)

STS de 6 de julio de 1959 (RA 3326)

STS de 11 de mayo de 1963 (RA 2670)

STS de 23 febrero 1965 (RA 567)

STS de 22 noviembre 1965 (RA 5552)

STS de 22 octubre 1966 (RA 4240)

STS de 19 de diciembre de 1968 (RA 5805)

STS de 10 de marzo de 1969 (Ref. Aranzadi 1513)

STS de 22 de enero de 1971 (RA 215)

STS 25 de septiembre de 1971 (Sala 5ª)

STS de 5 de julio de 1972 (RA 3775)

STS 752/1981, de 30 de noviembre (RA 53391)

STS de 29 de octubre de 1986 (RA 1339)

STS de 25 de septiembre de 1989 (RA 1181)

STS de 30 de diciembre de 1991 (RC1702/1989),
STS de 26 de noviembre 1994 (RC 4392)
STS de 5 de marzo de 1997 (RC 13844/1991)
STS de 21 de abril de 1997 (RA 11691/1991)
STS de 22 de abril de 1997 (RC 2469/1992)
STS de 16 de septiembre de 2002 (RC 7242/1997)
STS de 1 de febrero de 2003 (RC 3661/2003)
STS de 10 junio 2003, FD 4º (RC 285/1999),
STS de 22 de septiembre de 2003 (RC 8039/1999)
STS de 20 de diciembre de 2004 (RC 743/2002)
STS de 26 de julio de 2005 (RC5046/2000)
STS de 27 de febrero de 2008 (RC 3397/2003)
STS de 20 de noviembre de 2008, (RC 1927/2006)
STS de 24 de noviembre de 2008 (RC 7710/2004)
STS de 19 de diciembre de 2008 (RC 6290/2004)
STS de 8 de julio de 2009 (RC 4227/2007)
STS de 14 de enero de 2010 (RC 6578/2005)
STS de 21 de enero de 2011 (RC 4107/2006)
STS de 9 de junio de 2011 (RC 5481/2008)
STS de 8 de septiembre de 2011 (RC 5943/2008).
STS de 23 de febrero de 2012 (RC 2921/2008)
STS de 8 de marzo de 2012 (RC 6169/2008)
STS de 18 de mayo de 2012 (RC 6014/2008).

STS de 20 de septiembre de 2012 (RC 4605/2010)

STS de 8 de octubre de 2012 (RC 4258/2009)

STS de 3 de enero de 2013 (RC 5273/2011)

STS de 29 de mayo de 2013 (RC 193/2010)

STS de 29 de mayo de 2013 (RC 520/2010)

STS de 19 de noviembre de 2013 (RC 875/2011)

STS de 20 de enero de 2014 (RC 2489/2011)

STS de 15 de julio de 2014 (RC 4318/2011)

STS de 19 noviembre 2014 (5449/2011)

STS de 5 de febrero de 2015 (RC 391/2013)

STS de 12 de junio de 2015 (RC 742/2014)

STS de 2 de noviembre de 2015 (RC 1771/2013)

STS de 23 de febrero de 2016 (RC 1306/2014)

STS 644/2016, de 16 de marzo (RC 2775/2014)

STS de 24 de julio de 2017 (RC 823/2015)

STS de 5 de septiembre de 2017 (RC 740/2014)

STS 921/2018, de 4 de junio (RC 438/2017)

STS 362/2019, de 18 de marzo (RC 1746/2016)

Audiencia Nacional

SAN de 09 de febrero de 2006 (Rec. C-A 70/2003)

SAN 118/2016, de 31 de marzo (RO 50/2015)

SAN 119/2016, de 31 de marzo (RO 396/2015)

SAN de 22 de diciembre de 2017 (RO 163/2016)

SAN de 8 de marzo de 2018 (RO 549/2015)

SAN de 14 de mayo de 2018 (RO 201/2015)

SAN 334/2018, de 8 de junio (RO 9/2017)

SAN de 10 de septiembre de 2018 (RO 16/2017)

SAN de 31 de octubre de 2018 (RO 5/2017)

SAN de 28 de noviembre de 2018 (RO 757/2015)

SAN de 28 de diciembre de 2018 (RO 18/2017)

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJCE de 5 de febrero de 1963 (asunto 26/62)

STJCE de 15 de julio de 1964 (asunto 6/64)

STJCE de 16 de julio de 1992 (Asunto C-67/91)

STJCE de 10 de julio de 2003 (Asunto C-11/00)

STJCE de 3 de diciembre de 2009 (Asunto C-424/07)

STJCE de 9 de marzo de 2010 (Asunto C-518/07)

STJCE de 6 de octubre de 2010 (Asunto C-389/08)

STJUE de 11 de julio de 2013 (Asunto C 601/11)

STJUE de 16 de septiembre de 2020 (Asunto C-463/19)

INFORMES DE LA CNMC

UM/007/14 - Informe de 21 de abril de 2014

UM/011/14. Informe de 15 de mayo de 2014

UM/009/14. Informe de 21 de mayo de 2014

UM/045/14 - Informe de 26 de septiembre de 2014

UM/050/14- Informe de 17 de octubre de 2014

UM/049/14 - informe de 23 de octubre de 2014

UM/058/14 - Informe de 28 de octubre de 2014

UM/047/14 - Informe de 3 de noviembre de 2014

UM/056/14. Informe de 19 de noviembre de 2014

UM/013/15 – informe de 9 de marzo de 2015

UM/026/15 – Informe de 10 de junio de 2015

UM/081/15 - Informe de 1 de diciembre de 2015

